INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

QUESTIONS RELATING TO THE SEIZURE AND DETENTION OF CERTAIN DOCUMENTS AND DATA

(TIMOR-LESTE *v.* AUSTRALIA)

REQUEST FOR THE INDICATION
OF PROVISIONAL MEASURES

ORDER OF 3 MARCH 2014

2014

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

QUESTIONS CONCERNANT LA SAISIE ET LA DÉTENTION DE CERTAINS DOCUMENTS ET DONNÉES

(TIMOR-LESTE c. AUSTRALIE)

DEMANDE EN INDICATION
DE MESURES CONSERVATOIRES

ORDONNANCE DU 3 MARS 2014

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

QUESTIONS RELATING TO THE SEIZURE AND DETENTION OF CERTAIN DOCUMENTS AND DATA

(TIMOR-LESTE *v.* AUSTRALIA)

REQUEST FOR THE INDICATION
OF PROVISIONAL MEASURES

ORDER OF 3 MARCH 2014

2014

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

QUESTIONS CONCERNANT LA SAISIE ET LA DÉTENTION DE CERTAINS DOCUMENTS ET DONNÉES

(TIMOR-LESTE c. AUSTRALIE)

DEMANDE EN INDICATION
DE MESURES CONSERVATOIRES

ORDONNANCE DU 3 MARS 2014

Official citation:
Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Da
(Timor-Leste v. *Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014,*
I.C.J. Reports 2014, p. 147

Mode officiel de citation:
Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et dornée
(Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 201
C.I.J. Recueil 2014, p. 147

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071177-7

Sales number
N° de vente: **1061**

3 MARCH 2014

ORDER

QUESTIONS RELATING TO THE SEIZURE AND DETENTION OF CERTAIN DOCUMENTS AND DATA

(TIMOR-LESTE *v.* AUSTRALIA)

REQUEST FOR THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES

QUESTIONS CONCERNANT LA SAISIE ET LA DÉTENTION DE CERTAINS DOCUMENTS ET DONNÉES

(TIMOR-LESTE c. AUSTRALIE)

DEMANDE EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

3 MARS 2014

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2014

2014
3 March
General List
No. 156

3 March 2014

QUESTIONS RELATING TO THE SEIZURE AND DETENTION OF CERTAIN DOCUMENTS AND DATA

(TIMOR-LESTE *v.* AUSTRALIA)

REQUEST FOR THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES

ORDER

Present: *President* TOMKA; *Vice-President* SEPÚLVEDA-AMOR; *Judges* OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, BHANDARI; *Judges* ad hoc CALLINAN, COT; *Registrar* COUVREUR.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Having regard to Articles 41 and 48 of the Statute of the Court and Articles 73, 74 and 75 of the Rules of Court,

Makes the following Order:

Whereas:

1. By an Application filed with the Registry of the Court on 17 December 2013, the Democratic Republic of Timor-Leste (hereinafter "Timor-

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2014

2014
3 mars
Rôle général
n° 156

3 mars 2014

QUESTIONS CONCERNANT LA SAISIE ET LA DÉTENTION DE CERTAINS DOCUMENTS ET DONNÉES

(TIMOR-LESTE c. AUSTRALIE)

DEMANDE EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

ORDONNANCE

Présents: M. TOMKA, *président*; M. SEPÚLVEDA-AMOR, *vice-président*; MM. OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Mmes XUE, DONOGHUE, MM. GAJA, BHANDARI, *juges*; MM. CALLINAN, COT, *juges* ad hoc; M. COUVREUR, *greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Vu les articles 41 et 48 du Statut de la Cour et les articles 73, 74 et 75 de son Règlement,

Rend l'ordonnance suivante:

Considérant que:

1. Par requête déposée au Greffe de la Cour le 17 décembre 2013, la République démocratique du Timor-Leste (ci-après le «Timor-Leste») a

Leste") instituted proceedings against Australia with respect to a dispute concerning the seizure on 3 December 2013, and subsequent detention, by "agents of Australia of documents, data and other property which belongs to Timor-Leste and/or which Timor-Leste has the right to protect under international law". In particular, Timor-Leste claims that these items were taken from the business premises of a legal adviser to Timor-Leste in Narrabundah, in the Australian Capital Territory, allegedly pursuant to a warrant issued under section 25 of the Australian Security Intelligence Organisation Act 1979. The seized material, according to Timor-Leste, includes, *inter alia*, documents, data and correspondence between Timor-Leste and its legal advisers relating to a pending *Arbitration under the Timor Sea Treaty of 20 May 2002* between Timor-Leste and Australia (hereinafter the "Timor Sea Treaty Arbitration").

2. At the end of its Application, Timor-Leste

"requests the Court to adjudge and declare:

First: [t]hat the seizure by Australia of the documents and data violated (i) the sovereignty of Timor-Leste and (ii) its property and other rights under international law and any relevant domestic law;

Second: [t]hat continuing detention by Australia of the documents and data violates (i) the sovereignty of Timor-Leste and (ii) its property and other rights under international law and any relevant domestic law;

Third: [t]hat Australia must immediately return to the nominated representative of Timor-Leste any and all of the aforesaid documents and data, and destroy beyond recovery every copy of such documents and data that is in Australia's possession or control, and ensure the destruction of every such copy that Australia has directly or indirectly passed to a third person or third State;

Fourth: [t]hat Australia should afford satisfaction to Timor-Leste in respect of the above-mentioned violations of its rights under international law and any relevant domestic law, in the form of a formal apology as well as the costs incurred by Timor-Leste in preparing and presenting the present Application."

3. In its aforementioned Application, Timor-Leste bases the jurisdiction of the Court on the declaration it made on 21 September 2012 under Article 36, paragraph 2, of the Statute, and on the declaration Australia made on 22 March 2002 under the same provision.

4. On 17 December 2013, Timor-Leste also submitted a request for the indication of provisional measures, pursuant to Article 41 of the Statute of the Court and Articles 73 to 75 of the Rules of Court.

introduit une instance contre l'Australie au sujet d'un différend concernant la saisie, le 3 décembre 2013, et la détention ultérieure, par «des agents australiens, de documents, données et autres biens appartenant au Timor-Leste ou que celui-ci a le droit de protéger en vertu du droit international». Le Timor-Leste affirme en particulier que ces éléments ont été pris dans les locaux professionnels d'un conseiller juridique du Timor-Leste à Narrabundah, Territoire de la capitale australienne, prétendument en vertu d'un mandat délivré sur la base de l'article 25 de l'Australian Security Intelligence Organisation Act de 1979. Selon le Timor-Leste, les éléments saisis comprennent notamment des documents, des données et des échanges de correspondance, entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques, qui se rapportent à un *Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor*, actuellement en cours entre le Timor-Leste et l'Australie (ci-après l'«arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor»).

2. A la fin de sa requête, le Timor-Leste

«prie la Cour de dire et juger:

Premièrement, que, en saisissant les documents et données, l'Australie a violé i) la souveraineté du Timor-Leste et ii) les droits de propriété et autres qui sont ceux du Timor-Leste en vertu du droit international et de tout droit interne pertinent;

Deuxièmement, que la détention continue, par l'Australie, de ces documents et données constitue une violation i) de la souveraineté du Timor-Leste et ii) des droits de propriété et autres qui sont ceux du Timor-Leste en vertu du droit international et de tout droit interne pertinent;

Troisièmement, que l'Australie doit immédiatement restituer au représentant du Timor-Leste désigné à cet effet tous les documents et données susmentionnés, détruire définitivement toute copie de ces documents et données qui se trouve en sa possession ou sous son contrôle, et assurer la destruction de toute copie qu'elle a directement ou indirectement communiquée à une tierce personne ou à un Etat tiers;

Quatrièmement, que l'Australie doit réparation au Timor-Leste pour les violations susmentionnées des droits qui sont ceux du Timor-Leste en vertu du droit international et de tout droit interne pertinent, sous la forme d'excuses formelles, ainsi que par la prise en charge des frais engagés par le Timor-Leste dans le cadre de la préparation et du dépôt de la présente requête.»

3. Dans sa requête, le Timor-Leste fonde la compétence de la Cour sur la déclaration qu'il a faite le 21 septembre 2012 en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, et sur la déclaration qu'a faite l'Australie le 22 mars 2002 en vertu de cette même disposition.

4. Le 17 décembre 2013, le Timor-Leste a également présenté une demande en indication de mesures conservatoires, conformément à l'article 41 du Statut de la Cour et aux articles 73 à 75 de son Règlement.

5. At the end of its request, Timor-Leste asks the Court to

"indicate the following provisional measures:

(a) [t]hat all of the documents and data seized by Australia from 5 Brockman Street, Narrabundah, in the Australian Capital Territory on 3 December 2013 be immediately sealed and delivered into the custody of the International Court of Justice;

(b) [t]hat Australia immediately deliver to Timor-Leste and to the International Court of Justice (i) a list of any and all documents and data that it has disclosed or transmitted, or the information contained in which it has disclosed or transmitted to any person, whether or not such person is employed by or holds office in any organ of the Australian State or of any third State, and (ii) a list of the identities or descriptions of and current positions held by such persons;

(c) [t]hat Australia deliver within five days to Timor-Leste and to the International Court of Justice a list of any and all copies that it has made of any of the seized documents and data;

(d) [t]hat Australia (i) destroy beyond recovery any and all copies of the documents and data seized by Australia on 3 December 2013, and use every effort to secure the destruction beyond recovery of all copies that it has transmitted to any third party, and (ii) inform Timor-Leste and the International Court of Justice of all steps taken in pursuance of that order for destruction, whether or not successful;

(e) [t]hat Australia give an assurance that it will not intercept or cause or request the interception of communications between Timor-Leste and its legal advisers, whether within or outside Australia or Timor-Leste".

6. Timor-Leste further requested that, pending the hearing and decision of the Court on the request for the indication of provisional measures, the President of the Court exercise his power under Article 74, paragraph 4, of the Rules of Court, to call upon Australia:

"(i) immediately to deliver to Timor-Leste and to the International Court of Justice a list of each and every document and file containing electronic data that it seized from 5 Brockman Street, Narrabundah, in the Australian Capital Territory, on 3 December 2013;

(ii) immediately to seal the documents and data (and any and all copies thereof);

(iii) immediately to deliver the sealed documents and data (and any and all copies thereof) either to the Court or to 5 Brockman Street, Narrabundah, in the Australian Capital Territory; and

(iv) not to intercept or cause or request the interception of communications between Timor-Leste (including its Agent H.E. Joaquim

5. A la fin de sa demande, le Timor-Leste prie la Cour

« d'indiquer les mesures conservatoires suivantes :

a) que tous les documents et données saisis par l'Australie au 5 Brockman Street, à Narrabundah, Territoire de la capitale australienne, le 3 décembre 2013 soient immédiatement placés sous scellés et remis à la Cour internationale de Justice ;

b) que l'Australie fournisse immédiatement au Timor-Leste et à la Cour internationale de Justice i) une liste de tous les documents et données, ou des informations qui y sont contenues, qu'elle a révélés ou communiqués à toute personne, employée ou non par un organe de l'Etat australien ou de tout Etat tiers et exerçant ou non des fonctions pour le compte de pareil organe ; et ii) une liste faisant apparaître l'identité de ces personnes ou des indications les concernant, ainsi que les fonctions qu'elles occupent actuellement ;

c) que l'Australie fournisse, dans un délai de cinq jours, au Timor-Leste et à la Cour internationale de Justice une liste de toutes les copies qu'elle a faites des documents et données saisis ;

d) que l'Australie i) procède à la destruction définitive de toutes les copies des documents et données qu'elle a saisis le 3 décembre 2013, et prenne toutes les mesures possibles pour assurer la destruction définitive de toutes les copies qu'elle a communiquées à des tierces parties ; et ii) informe le Timor-Leste et la Cour internationale de Justice de toutes les mesures prises en application de cette injonction de destruction, que celles-ci aient ou non abouti ;

e) que l'Australie donne l'assurance qu'elle n'interceptera pas ni ne fera intercepter les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques, que ce soit en Australie, au Timor-Leste ou en tout autre lieu, et n'en demandera pas l'interception ».

6. Le Timor-Leste a en outre prié le président de la Cour, en attendant que celle-ci tienne des audiences sur la demande en indication de mesures conservatoires et se prononce à cet égard, de faire usage du pouvoir que lui confère le paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement pour demander à l'Australie :

« i) de fournir immédiatement au Timor-Leste et à la Cour internationale de Justice une liste de tous les documents et dossiers contenant des données électroniques qu'elle a saisis au 5 Brockman Street, à Narrabundah, Territoire de la capitale australienne, le 3 decembre 2013 ;

ii) de placer immédiatement sous scellés ces documents et données (ainsi que toute copie qui en a été faite) ;

iii) de déposer immédiatement les documents et données placés sous scellés (ainsi que toute copie qui en a été faite) à la Cour internationale de Justice ou au 5 Brockman Street, à Narrabundah, Territoire de la capitale australienne ; et

iv) de ne pas intercepter ou faire intercepter les communications entre le Timor-Leste (y compris son agent, S. Exc. M. Joaquim de

da Fonseca) and its legal advisers in relation to this action (DLA Piper, Sir E. Lauterpacht QC and Vaughan Lowe QC)".

7. The Registrar communicated forthwith an original copy of the Application and of the request to the Government of Australia. The Registrar also notified the Secretary-General of the United Nations of the filing of these documents by Timor-Leste.

8. Pending the notification provided for by Article 40, paragraph 3, of the Statute and Article 42 of the Rules of Court, by transmission of the printed bilingual text of the Application to the Members of the United Nations, the Registrar informed those States of the filing of the Application and its subject, and of the filing of the request for the indication of provisional measures.

9. By a letter dated 18 December 2013, the President of the Court, acting under Article 74, paragraph 4, of the Rules of Court, called upon Australia

> "to act in such a way as to enable any Order the Court will make on the request for provisional measures to have its appropriate effects, in particular to refrain from any act which might cause prejudice to the rights claimed by the Democratic Republic of Timor-Leste in the present proceedings".

10. A copy of the above-mentioned letter was also transmitted, for information, to the Government of Timor-Leste.

11. By a letter dated 18 December 2013, the Registrar informed the Parties that, in accordance with Article 74, paragraph 3, of the Rules of Court, 20, 21 and 22 January 2014 had been fixed as the dates of the oral proceedings on the request for the indication of provisional measures.

12. Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of either of the Parties, each Party proceeded to exercise the right conferred upon it by Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case; Timor-Leste chose Mr. Jean-Pierre Cot and Australia chose Mr. Ian Callinan.

13. At the public hearings held on 20, 21 and 22 January 2014, oral observations on the request for the indication of provisional measures were presented by:

On behalf of Timor-Leste: H.E. Mr. Joaquim A. M. L. da Fonseca,
Sir Elihu Lauterpacht,
Sir Michael Wood.

On behalf of Australia: Mr. John Reid,
Mr. Justin Gleeson,
Mr. Bill Campbell,
Mr. Henry Burmester,
Mr. James Crawford.

Fonseca) et ses conseillers juridiques en la présente procédure (DLA Piper, sir E. Lauterpacht, QC, et M. Vaughan Lowe, QC), ni en demander l'interception».

7. Le greffier a immédiatement communiqué au Gouvernement de l'Australie un exemplaire original de la requête et de la demande en indication de mesures conservatoires. Il a également informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du dépôt par le Timor-Leste de ces documents.

8. En attendant que la communication prévue au paragraphe 3 de l'article 40 du Statut et à l'article 42 du Règlement ait été effectuée par transmission du texte bilingue imprimé de la requête aux Membres de l'Organisation des Nations Unies, le greffier a informé ces Etats du dépôt de la requête et de son objet, ainsi que du dépôt de la demande en indication de mesures conservatoires.

9. Par lettre datée du 18 décembre 2013, le président de la Cour, agissant en vertu du paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement de la Cour, a appelé l'Australie à

«agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus et, en particulier, [à] s'abstenir de tout acte qui pourrait porter préjudice aux droits que la République démocratique du Timor-Leste invoque en la présente procédure».

10. Copie de la lettre susmentionnée a également été transmise, pour information, au Gouvernement du Timor-Leste.

11. Par lettre datée du 18 décembre 2013, le greffier a fait connaître aux Parties que la Cour, conformément au paragraphe 3 de l'article 74 de son Règlement, avait fixé aux 20, 21 et 22 janvier 2014 les dates de la procédure orale sur la demande en indication de mesures conservatoires.

12. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de la nationalité des Parties, chacune d'elles a fait usage du droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de désigner un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire; le Timor-Leste a désigné à cet effet M. Jean-Pierre Cot et l'Australie, M. Ian Callinan.

13. Au cours des audiences publiques tenues les 20, 21 et 22 janvier 2014, des observations orales sur la demande en indication de mesures conservatoires ont été présentées par:

Au nom du Timor-Leste: S. Exc. M. Joaquim A. M. L. da Fonseca,
sir Elihu Lauterpacht,
sir Michael Wood.

Au nom de l'Australie: M. John Reid,
M. Justin Gleeson,
M. Bill Campbell,
M. Henry Burmester,
M. James Crawford.

14. During the hearings, questions were put by some Members of the Court to the Parties, to which replies were given orally. Timor-Leste availed itself of the possibility given by the Court to comment in writing on Australia's reply to one of these questions.

15. At the end of its second round of oral observations, Timor-Leste asked the Court to indicate provisional measures in the same terms as included in its request (see paragraph 5 above).

16. At the end of its second round of oral observations, Australia stated the following:

"1. Australia requests the Court to refuse the request for the indication of provisional measures submitted by the Democratic Republic of Timor-Leste.
2. Australia further requests the Court stay the proceedings until the Arbitral Tribunal has rendered its judgment in the *Arbitration under the Timor Sea Treaty*."

17. By an Order dated 28 January 2014, the Court decided not to accede to Australia's request for a stay of the proceedings, considering, *inter alia*, that the dispute before it between Timor-Leste and Australia is sufficiently distinct from the dispute being adjudicated upon by the Arbitral Tribunal in the Timor Sea Treaty Arbitration. The Court therefore, after having taken into account the views of the Parties, proceeded to fix time-limits for the filing of the written pleadings.

* * *

I. Prima Facie Jurisdiction

18. The Court may indicate provisional measures only if the provisions relied on by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded, but the Court need not satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction as regards the merits of the case (see, for example, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 17-18, para. 49).

19. Timor-Leste seeks to found the jurisdiction of the Court in this case on the declaration it made on 21 September 2012 under Article 36, paragraph 2, of the Statute, and on the declaration Australia made on 22 March 2002 under the same provision (see paragraph 3 above).

20. In the course of the oral pleadings, Australia stated that, while reserving its "right to raise questions of jurisdiction and admissibility at

14. A l'audience, des questions ont été posées aux Parties par certains membres de la Cour, auxquelles il a été répondu oralement. Faisant usage de la possibilité que lui avait donnée la Cour, le Timor-Leste a formulé des observations écrites sur la réponse de l'Australie à l'une de ces questions.

15. Au terme de son second tour d'observations orales, le Timor-Leste a prié la Cour d'indiquer des mesures conservatoires dont le libellé est identique à celui des mesures sollicitées dans sa demande (voir paragraphe 5 ci-dessus).

16. Au terme de son second tour d'observations orales, l'Australie a déclaré ce qui suit :

« 1. L'Australie prie la Cour de rejeter la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République démocratique du Timor-Leste.
2. L'Australie prie également la Cour de suspendre l'instance jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait rendu sa décision dans l'*Arbitrage en vertu du Traité sur la mer de Timor*. »

17. Par ordonnance en date du 28 janvier 2014, la Cour a décidé de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance, considérant notamment que le différend porté devant elle est suffisamment distinct de celui dont connaît le tribunal dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor. En conséquence, elle a, compte tenu des vues exprimées par les Parties, fixé les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de procédure.

* * *

I. Compétence *Prima Facie*

18. La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 17-18, par. 49).

19. Le Timor-Leste entend fonder la compétence de la Cour en la présente espèce sur la déclaration qu'il a faite le 21 septembre 2012 en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, et sur celle qu'a faite l'Australie le 22 mars 2002 en vertu de cette même disposition (voir paragraphe 3 ci-dessus).

20. Au cours de la procédure orale, l'Australie a déclaré que, tout en se réservant le « droit de soulever des questions de compétence et de receva-

the merits stage", it would not be "raising those matters in relation to Timor-Leste's request for provisional measures".

21. The Court considers that the declarations made by both Parties under Article 36, paragraph 2, of the Statute appear, prima facie, to afford a basis on which it might have jurisdiction to rule on the merits of the case. The Court thus finds that it may entertain the request for the indication of provisional measures submitted to it by Timor-Leste.

II. The Rights whose Protection Is Sought and the Measures Requested

22. The power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object the preservation of the respective rights claimed by the parties in a case, pending its decision on the merits thereof. It follows that the Court must be concerned to preserve by such measures the rights which may subsequently be adjudged by it to belong to either party. Therefore, the Court may exercise this power only if it is satisfied that the rights asserted by the requesting party are at least plausible (see, for example, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 18, para. 53).

23. Moreover, a link must exist between the rights which form the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case and the provisional measures being sought (*ibid.*, para. 54).

* *

24. Timor-Leste states that the rights which it seeks to protect are the ownership and property rights which it holds over the seized material, entailing the rights to inviolability and immunity of this property (in particular, documents and data), to which it is entitled as a sovereign State, and its right to the confidentiality of communications with its legal advisers. Timor-Leste moreover holds that confidentiality of communications between legal counsel and client is covered by legal professional privilege, which it states is a general principle of law.

25. Australia, for its part, contends that, "[e]ven assuming that the material removed from 5 Brockman Street, Narrabundah does belong to Timor-Leste — a matter which is yet to be established", there is no general principle of immunity or inviolability of State papers and property, and therefore the rights asserted by Timor-Leste are not plausible. It also contends that, if there is a principle in international law whereby any State is entitled to the confidentiality of all communications with its legal advisers, that principle (akin to legal professional privilege) is not abso-

bilité au stade de l'examen au fond», elle ne «soulèverait pas de telles questions en ce qui concerne la demande en indication de mesures conservatoires du Timor-Leste».

21. La Cour considère que les déclarations que les deux Parties ont faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle elle pourrait fonder sa compétence pour se prononcer sur le fond de l'affaire. Elle en conclut qu'elle peut connaître de la demande en indication de mesures conservatoires que le Timor-Leste lui a présentée.

II. Les droits dont la protection est recherchée et les mesures demandées

22. Le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder, dans l'attente de sa décision sur le fond de l'affaire, les droits revendiqués par chacune des parties. Il s'ensuit que la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait reconnaître à l'une ou à l'autre des parties. Aussi ne peut-elle exercer ce pouvoir que si elle estime que les droits invoqués par la partie demanderesse sont au moins plausibles (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 18, par. 53).

23. Par ailleurs, un lien doit exister entre les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire et les mesures conservatoires sollicitées (*ibid.*, par. 54).

* *

24. Le Timor-Leste déclare que les droits qu'il cherche à protéger sont les droits de propriété qu'il détient à l'égard des éléments saisis, qui comprennent les droits à l'inviolabilité et à l'immunité de ces biens (et, en particulier, des documents et données) auxquels il peut prétendre en tant qu'Etat souverain, ainsi que son droit à la confidentialité de toute communication avec ses conseillers juridiques. Il affirme en outre que la confidentialité des communications entre un conseil juridique et son client entre dans le cadre du secret professionnel des avocats et conseils qui, selon lui, est un principe général du droit.

25. L'Australie, quant à elle, soutient que, «[m]ême à supposer que les éléments qui ont été pris au 5 Brockman Street, à Narrabundah, appartiennent au Timor-Leste, ce qui reste à démontrer», il n'existe pas de principe général d'immunité ou d'inviolabilité des documents et biens d'un Etat; dès lors, les droits invoqués par le Timor-Leste ne sont pas plausibles. Elle soutient également que, si tant est qu'il existe en droit international un principe selon lequel tout Etat a droit à la confidentialité de toute communication avec ses conseillers juridiques, ce principe (qui s'apparente

lute and does not apply when the communication in question concerns the commission of a crime or fraud, constitutes a threat to national security or to the higher public interests of a State, or undermines the proper administration of justice.

26. At this stage of the proceedings, the Court is not called upon to determine definitively whether the rights which Timor-Leste wishes to see protected exist; it need only decide whether the rights claimed by Timor-Leste on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible.

27. The Court begins by observing that it is not disputed between the Parties that at least part of the documents and data seized by Australia relate to the Timor Sea Treaty Arbitration or to possible future negotiations on maritime delimitation between the Parties, and that they concern communications of Timor-Leste with its legal advisers. The principal claim of Timor-Leste is that a violation has occurred of its right to communicate with its counsel and lawyers in a confidential manner with regard to issues forming the subject-matter of pending arbitral proceedings and future negotiations between the Parties. The Court notes that this claimed right might be derived from the principle of the sovereign equality of States, which is one of the fundamental principles of the international legal order and is reflected in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations. More specifically, equality of the parties must be preserved when they are involved, pursuant to Article 2, paragraph 3, of the Charter, in the process of settling an international dispute by peaceful means. If a State is engaged in the peaceful settlement of a dispute with another State through arbitration or negotiations, it would expect to undertake these arbitration proceedings or negotiations without interference by the other party in the preparation and conduct of its case. It would follow that in such a situation, a State has a plausible right to the protection of its communications with counsel relating to an arbitration or to negotiations, in particular, to the protection of the correspondence between them, as well as to the protection of confidentiality of any documents and data prepared by counsel to advise that State in such a context.

28. Accordingly, the Court considers that at least some of the rights for which Timor-Leste seeks protection — namely, the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia, including the right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers — are plausible.

*

29. The Court now turns to the issue of the link between the rights claimed and the provisional measures requested.

30. The provisional measures requested by Timor-Leste are aimed at preventing further access by Australia to this seized material, at providing

au secret professionnel des avocats et conseils) n'est pas absolu et ne trouve pas à s'appliquer lorsque la communication en cause concerne la commission d'infractions pénales ou de fraudes, qu'elle constitue une menace pour la sécurité nationale ou les intérêts publics supérieurs d'un Etat, ou qu'elle entrave la bonne administration de la justice.

26. A ce stade de la procédure, la Cour n'est pas appelée à se prononcer définitivement sur le point de savoir si les droits que le Timor-Leste souhaite voir protégés existent; il lui faut seulement déterminer si les droits que celui-ci revendique au fond, et dont il sollicite la protection, sont plausibles.

27. La Cour commence par observer qu'il n'est pas contesté par les Parties qu'au moins une partie des documents et données saisis par l'Australie se rapporte à l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor ou à d'éventuelles futures négociations relatives à la délimitation maritime entre les Parties, et qu'ils ont trait à des communications du Timor-Leste avec ses conseillers juridiques. Le principal grief du Timor-Leste est qu'il y a eu violation de son droit de communiquer de manière confidentielle avec ses conseils et avocats au sujet de questions faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours et de futures négociations entre les Parties. La Cour note que ce droit allégué pourrait être inféré du principe de l'égalité souveraine des Etats, l'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique international qui trouve son expression au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Plus spécifiquement, il convient de préserver l'égalité des parties lorsque celles-ci se sont engagées, conformément au paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte, dans le règlement, par des moyens pacifiques, d'un différend international. Si un Etat a entrepris de régler pacifiquement un différend qui l'oppose à un autre Etat par voie d'arbitrage ou de négociations, il peut s'attendre à mener cette procédure ou ces négociations sans que l'autre partie ne s'ingère dans la préparation ou la défense de son argumentation. Il en résulte que, en pareil cas, un Etat a un droit plausible à ce que soient protégées ses communications avec ses conseils qui se rapportent à un arbitrage ou à des négociations et, en particulier, la correspondance qu'il échange avec eux, et à ce que soit protégée la confidentialité de tous documents et données établis par eux pour le conseiller.

28. En conséquence, la Cour considère qu'au moins certains des droits que le Timor-Leste cherche à protéger — à savoir le droit de conduire une procédure d'arbitrage ou des négociations sans ingérence de la part de l'Australie, y compris le droit à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et à la non-ingérence dans lesdites communications — sont plausibles.

*

29. La Cour en vient maintenant à la question du lien entre les droits revendiqués et les mesures conservatoires demandées.

30. Par les mesures conservatoires qu'il sollicite, le Timor-Leste cherche à empêcher que l'Australie continue d'avoir accès aux éléments saisis, à

the former with information as to the scope of access of Australia to the documents and data seized, and at ensuring the non-interference of Australia in future communications between Timor-Leste and its legal advisers (see paragraph 5 above). The Court considers that these measures by their nature are intended to protect Timor-Leste's claimed rights to conduct, without interference by Australia, arbitral proceedings and future negotiations, and to communicate freely with its legal advisers, counsel and lawyers to that end. The Court thus concludes that a link exists between Timor-Leste's claimed rights and the provisional measures sought.

III. Risk of Irreparable Prejudice and Urgency

31. The Court, pursuant to Article 41 of its Statute, has the power to indicate provisional measures when irreparable prejudice could be caused to rights which are the subject of the judicial proceedings before it (see, for example, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 21, para. 63).

32. The power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights in dispute before the Court gives its final decision (*ibid.*, para. 64). The Court must therefore consider whether such a risk exists at this stage of the proceedings.

* *

33. Timor-Leste claims that Australia's actions in seizing confidential and sensitive material from its legal adviser's office create a real risk of irreparable prejudice to its rights. Timor-Leste asserts that it is highly probable that most of the documents and data in question relate to its legal strategy, both in the context of the Timor Sea Treaty Arbitration and in the context of future maritime negotiations with Australia. According to Timor-Leste, these "matters are crucial to the future of Timor-Leste as a State and to the well-being of its people". It states that the confidential material includes advice of counsel, legal assessments of Timor-Leste's position and instructions given to counsel and to geological and maritime experts. Timor-Leste adds that it may already have been seriously harmed given that Australia has admitted that some of the hard-copy materials were briefly inspected during the search. In view of the sensitive nature of the seized material, Timor-Leste contends that, by its conduct, "Australia has placed itself in a position of considerable advantage, both in the pending Arbitration and in a whole range of matters involved in relations between Timor-Leste and Australia".

obtenir des informations quant au point de savoir dans quelle mesure elle y a accès et à s'assurer qu'elle ne s'ingérera pas dans les communications qu'il échangera à l'avenir avec ses conseillers juridiques (voir paragraphe 5 ci-dessus). La Cour considère que, par leur nature même, ces mesures visent à protéger les droits revendiqués par le Timor-Leste de conduire, sans ingérence de la part de l'Australie, la procédure arbitrale et les futures négociations, et de communiquer librement avec ses conseillers juridiques, conseils et avocats à cette fin. Elle en conclut qu'il existe un lien entre les droits invoqués par le Timor-Leste et les mesures conservatoires demandées.

III. Risque de préjudice irréparable et urgence

31. La Cour tient de l'article 41 de son Statut le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires lorsqu'un préjudice irréparable risque d'être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 21, par. 63).

32. Le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne sera toutefois exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour ne rende sa décision définitive (*ibid.*, par. 64). La Cour doit donc rechercher si pareil risque existe à ce stade de la procédure.

* *

33. Le Timor-Leste fait valoir que la saisie par l'Australie d'éléments confidentiels et sensibles dans les locaux professionnels de son conseiller juridique crée un risque réel que soit causé un préjudice irréparable à ses droits. Il affirme qu'il est hautement probable que la plupart des documents et données en question se rapportent à sa stratégie juridique, tant dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor que de futures négociations maritimes avec l'Australie. Selon lui, ces «questions sont primordiales pour l'avenir du Timor-Leste en tant qu'Etat et pour le bien-être de sa population». Le Timor-Leste déclare que ces éléments confidentiels comprennent des avis de ses conseils, des analyses juridiques de sa position ainsi que des instructions données à ses conseils et experts en géologie et questions maritimes. Il ajoute que, l'Australie ayant reconnu que certains des documents imprimés avaient été brièvement examinés lors de la perquisition, il est possible qu'il ait d'ores et déjà subi un grave préjudice. Le Timor-Leste allègue en outre que, en raison du caractère sensible des éléments saisis, l'Australie s'est, par son comportement, placée «dans une position extrêmement avantageuse à l'égard de l'arbitrage et d'une série d'autres questions qui touchent aux relations entre le Timor-Leste et l'Australie».

34. Timor-Leste affirms that the risk of irreparable prejudice is imminent because it is currently considering which strategic and legal position to adopt in order to best defend its national interests vis-à-vis Australia in relation to the 2002 Timor Sea Treaty and the 2006 Treaty on Certain Maritime Arrangements in the Timor Sea. Given that the preparations for the Timor Sea Treaty Arbitration are well underway, with oral proceedings due to begin at the end of September 2014, Timor-Leste states that time is of the essence if irreparable damage is to be avoided. Timor-Leste contends that, if the protection of its rights is deferred until the close of the proceedings on the merits in the current case, the prejudice it would suffer would be increased.

*

35. According to Australia, there is no risk of irreparable prejudice to Timor-Leste's rights. It states that the comprehensive undertakings provided by the Attorney-General of Australia demonstrate that any rights which Timor-Leste may be found to possess are sufficiently protected pending final judgment in the current case. In this regard, Australia refers to various instructions and undertakings given by its Attorney-General on 4, 19 and 23 December 2013 and, in particular, to a further written undertaking of the Attorney-General given on 21 January 2014.

36. Australia explains that on 4 December 2013 the Attorney-General of Australia made a Ministerial Statement to Parliament on the execution by Australia's security intelligence organization ("ASIO") of the search warrants on the business premises of a legal adviser to Timor-Leste in Canberra. In his statement, the Attorney-General indicated that the search warrants had been issued by him "at the request of ASIO, on the grounds that the documents and electronic data in question contained intelligence relating to national security matters". He emphasized "that the material taken into possession in execution of the warrants [was] not under any circumstances to be communicated to those conducting the [arbitration] proceedings on behalf of Australia". Australia further notes that, following the first procedural meeting of the Timor Sea Treaty Arbitral Tribunal convened on 5 December 2013, the Attorney-General of Australia provided a written undertaking to the Tribunal, dated 19 December 2013. In that undertaking, the Attorney-General recalled the instructions given to ASIO, and declared that the material seized would not be used by any part of the Australian Government for any purpose related to the Timor Sea Treaty Arbitration. Further, the Attorney-General undertook that he would not make himself aware or otherwise seek to inform himself of the content of the material or any information derived from the material and that, should he become aware of any circumstance in which he would need to inform himself, he would

34. Le Timor-Leste affirme que le risque de préjudice irréparable est imminent parce qu'il examine actuellement la stratégie et la position juridique qu'il lui faut adopter afin de défendre au mieux ses intérêts nationaux vis-à-vis de l'Australie en ce qui concerne le traité sur la mer de Timor de 2002 et le traité relatif à certains arrangements maritimes dans la mer de Timor de 2006. Etant donné que la préparation de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor est bien avancée, des audiences devant s'ouvrir à la fin du mois de septembre 2014, le Timor-Leste estime qu'il n'y a pas de temps à perdre si l'on veut éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé. Il soutient que, si la protection de ses droits était différée jusqu'à la clôture de la procédure sur le fond de la présente affaire, le préjudice qu'il subirait n'en serait que plus grave.

*

35. Selon l'Australie, il n'existe aucun risque que soit causé un préjudice irréparable aux droits du Timor-Leste. L'Australie déclare que les engagements exhaustifs pris par son *Attorney-General* démontrent que tous les droits qui pourraient être reconnus au Timor-Leste sont suffisamment protégés dans l'attente de l'arrêt définitif en la présente affaire. A cet égard, elle se réfère à divers engagements et instructions de son *Attorney-General* datant des 4, 19 et 23 décembre 2013 et, en particulier, à un nouvel engagement écrit que celui-ci a pris le 21 janvier 2014.

36. L'Australie précise que, le 4 décembre 2013, son *Attorney-General* a, en sa qualité de ministre, fait une déclaration devant le Parlement concernant l'exécution, par l'agence australienne de renseignement intérieur (l'«ASIO»), des mandats de perquisition des locaux professionnels d'un conseiller juridique du Timor-Leste à Canberra. Dans sa déclaration, l'*Attorney-General* expliquait qu'il avait délivré lesdits mandats «à la demande de l'ASIO, au motif que les documents et données électroniques en cause comprenaient des renseignements touchant à des questions de sécurité nationale». Il soulignait «que les éléments dont il a[vait] été pris possession dans le cadre de l'exécution de [c]es mandats ne [seraient] en aucune circonstance communiqués aux personnes représentant l'Australie dans le cadre de la procédure d'arbitrage». L'Australie relève en outre que, à la suite de la première réunion de procédure qu'a tenue le tribunal arbitral constitué en application du traité sur la mer de Timor le 5 décembre 2013, son *Attorney-General* a communiqué audit tribunal un engagement écrit en date du 19 décembre 2013. Dans ce document, l'*Attorney-General* rappelait les instructions données à l'ASIO et déclarait que les éléments saisis ne seraient utilisés par aucune entité du Gouvernement australien à quelque fin que ce soit qui serait en rapport avec l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor. Il s'engageait en outre à ne pas prendre lui-même connaissance ni chercher de quelque autre manière à avoir connaissance du contenu desdits éléments ou de toutes informations qui

first bring that fact to the attention of the Tribunal and offer further undertakings.

37. Australia informed the Court that, following the letter of the President under Article 74, paragraph 4, of the Rules of the Court (see paragraph 9 above), the Attorney-General of Australia wrote a letter dated 23 December 2013 to the Director-General of Security of ASIO, directing that the measures set out in the undertaking to the Arbitral Tribunal on 19 December 2013 be implemented equally in relation to the proceedings instituted before the Court. In his letter, the Attorney-General stated, in particular, that

> "it would be desirable and appropriate for Australia to satisfy the President's request by ensuring that, from now until the conclusion of the hearing on 20-22 January, the material is sealed, that it is not accessed by any other officer of ASIO, and that ASIO ensure that it is not accessed by any other person".

38. At the start of Australia's first round of oral argument on the request for the indication of provisional measures, the Attorney-General provided the Court with a written undertaking dated 21 January 2014. Australia points out that this written undertaking contains comprehensive assurances that the confidentiality of the seized documents will be safeguarded. It points, in particular, to the following declarations made by the Attorney-General in his written undertaking:

> "that until final judgment in this proceeding or until further or earlier order of the Court:
>
> 1. I will not make myself aware or otherwise seek to inform myself of the content of the Material or any information derived from the Material; and
> 2. Should I become aware of any circumstance which would make it necessary for me to inform myself of the Material, I will first bring that fact to the attention of the Court, at which time further undertakings will be offered; and
> 3. The Material will not be used by any part of the Australian Government for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions); and
> 4. Without limiting the above, the Material, or any information derived from the Material, will not be made available to any part of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations, or relating to the conduct of:
>
> *(a)* these proceedings; and
> *(b)* the proceedings in the Arbitral Tribunal [constituted under the 2002 Timor Sea Treaty]."

en découleraient, et déclarait que, dans le cas où une circonstance, quelle qu'elle soit, nécessiterait qu'il en prenne connaissance, il en informerait tout d'abord le tribunal et prendrait alors devant lui d'autres engagements.

37. L'Australie a fait connaître à la Cour que, comme suite à la lettre que lui avait adressée le président de la Cour en vertu du paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement (voir paragraphe 9 ci-dessus), son *Attorney-General* avait, le 23 décembre 2013, écrit au directeur général de la sécurité, donnant à celui-ci instruction de veiller à ce que les engagements pris devant le tribunal arbitral le 19 décembre 2013 soient également honorés dans le cadre de la procédure introduite devant la Cour. Dans sa lettre, l'*Attorney-General* indiquait notamment ce qui suit :

> « il serait souhaitable et approprié de satisfaire à la demande du président en s'assurant que, à partir de maintenant et jusqu'à la clôture des audiences qui se tiendront du 20 au 22 janvier, les éléments en cause soient scellés, qu'aucun autre agent de l'ASIO n'y accède, et que l'ASIO veille à ce que personne d'autre n'y accède ».

38. Au début de son premier tour de plaidoiries sur la demande en indication de mesures conservatoires, l'*Attorney-General* a communiqué à la Cour un engagement écrit daté du 21 janvier 2014. L'Australie précise que cet engagement écrit contient des assurances exhaustives que la confidentialité des documents saisis sera préservée, se référant en particulier aux déclarations suivantes de son *Attorney-General* :

> « Je prends devant la Cour, jusqu'à ce que celle-ci ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur, l'engagement
>
> 1. De ne pas prendre moi-même connaissance ni chercher de quelque autre manière à avoir connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;
> 2. Dans le cas où une circonstance, quelle qu'elle soit, nécessiterait que je prenne connaissance de ces éléments et données, d'en informer tout d'abord la Cour, et de prendre alors devant elle d'autres engagements ;
> 3. De faire en sorte qu'aucune entité du Gouvernement australien n'utilise lesdits éléments à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites) ;
> 4. De faire en sorte, sans préjudice de ce qui précède, qu'aucune entité du Gouvernement australien ne puisse avoir accès auxdits éléments et à toutes informations qui en découleraient à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations à ce sujet, ou à la conduite de :
>
> *a)* la présente procédure ; et
> *b)* l'arbitrage [en vertu du traité sur la mer de Timor de 2002]. »

In its oral pleadings, Australia affirmed that the Attorney-General's written undertaking, dated 21 January 2014, would protect Timor-Leste's rights "pending final judgment in these proceedings".

39. Moreover, during the oral proceedings, with reference to the letter dated 23 December 2013 from the Attorney-General of Australia to the Director-General of Security of ASIO (see paragraph 37 above), the Solicitor-General of Australia stated that "ASIO to date has not inspected any of the documents". He noted that ASIO "[had] not commenced its task because the documents [were] being kept under seal for all purposes until [Australia had] this Court's decision on provisional measures", adding that, "to date, no information [had] been obtained from the documents".

*

40. With respect to the undertakings given by the Attorney-General of Australia on 4, 19 and 23 December 2013, Timor-Leste argues that they are "far from adequate" to protect Timor-Leste's rights and interests in the present case. According to Timor-Leste, in the first place, they lack binding force, at least at the international level; secondly, they are in serious respects more limited than the provisional measures requested by Timor-Leste, as they do not address the wider issues going beyond the Timor Sea Treaty Arbitration; and thirdly, the instructions set out in the letter dated 23 December 2013 from the Attorney-General of Australia to the Director-General of ASIO are given only until the conclusion of the hearings in the present phase of the case.

41. With reference to the written undertaking dated 21 January 2014, Timor-Leste asserts that it does not suffice to prevent the risk of irreparable harm, nor does it remove the urgency of Timor-Leste's request for the indication of provisional measures. While Timor-Leste acknowledges that this written undertaking goes further than the previous assurances in that it extends "to maritime delimitation matters", it contends that the written undertaking "should be backed up by an order of the Court that deals with the treatment of the materials".

* *

42. The Court is of the view that the right of Timor-Leste to conduct arbitral proceedings and negotiations without interference could suffer irreparable harm if Australia failed to immediately safeguard the confidentiality of the material seized by its agents on 3 December 2013 from the office of a legal adviser to the Government of Timor-Leste. In particular, the Court considers that there could be a very serious detrimental effect on Timor-Leste's position in the Timor Sea Treaty Arbitration and in future maritime negotiations with Australia should the seized material be divulged to any person or persons involved or likely to be involved in that arbitration or in negotiations on behalf of Australia. Any breach of

A l'audience, l'Australie a affirmé que l'engagement écrit de l'*Attorney-General* en date du 21 janvier 2014 protégerait les droits du Timor-Leste «dans l'attente de l'arrêt définitif en l'instance».

39. Par ailleurs, au cours de la procédure orale, le *Solicitor-General* de l'Australie, se référant à la lettre en date du 23 décembre 2013 adressée au directeur général de la sécurité par l'*Attorney-General* de l'Australie (voir paragraphe 37 ci-dessus), a déclaré que «l'ASIO n'a[vait] à ce jour examiné aucun des documents». Il a précisé que celle-ci ne s'était «pas attelée à cette tâche puisque les documents [seraient] gardés sous scellés quoi qu'il arrive, jusqu'à ce que [l'Australie ait connaissance de la] décision [de la Cour] relative aux mesures conservatoires», ajoutant que, «[p]our l'heure, aucune information n'a[vait] été obtenue à partir des documents».

*

40. En ce qui concerne les engagements pris par l'*Attorney-General* de l'Australie les 4, 19 et 23 décembre 2013, le Timor-Leste fait valoir qu'ils sont «loin d'être appropriés» pour protéger ses droits et intérêts en la présente espèce. Selon lui, premièrement, ils n'ont pas force obligatoire, du moins sur le plan international; deuxièmement, ils sont, à d'importants égards, plus limités que les mesures conservatoires qu'il sollicite, puisqu'ils ne couvrent pas les questions plus larges qui dépassent le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor; et, troisièmement, les instructions énoncées dans la lettre en date du 23 décembre 2013 que l'*Attorney-General* de l'Australie a adressée au directeur général de l'ASIO ne valent que jusqu'à la clôture des audiences en la présente phase de l'instance.

41. S'agissant de l'engagement écrit daté du 21 janvier 2014, le Timor-Leste affirme qu'il est insuffisant pour prévenir le risque de préjudice irréparable, et ne retire pas à sa demande en indication de mesures conservatoires son caractère d'urgence. Tout en reconnaissant qu'il va plus loin que les assurances précédentes en ce qu'il couvre aussi les «questions relatives à la délimitation maritime», le Timor-Leste soutient que cet engagement «devrait être étayé par une prescription de la Cour portant sur le traitement des éléments en cause».

* *

42. La Cour est d'avis que, si l'Australie ne protégeait pas immédiatement la confidentialité des éléments que ses agents ont saisis le 3 décembre 2013 dans les locaux professionnels d'un conseiller juridique du Gouvernement du Timor-Leste, un préjudice irréparable pourrait être causé au droit du Timor-Leste, de conduire sans ingérence une procédure arbitrale et des négociations. En particulier, elle considère que la position de celui-ci dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor et des futures négociations maritimes avec l'Australie pourrait être très gravement compromise si les éléments saisis étaient divulgués à une quelconque personne participant ou susceptible de participer à cet arbitrage ou à ces négo-

confidentiality may not be capable of remedy or reparation as it might not be possible to revert to the *status quo ante* following disclosure of the confidential information.

43. The Court notes that the written undertaking given by the Attorney-General of Australia on 21 January 2014 includes commitments to the effect that the seized material will not be made available to any part of the Australian Government for any purpose in connection with the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations, or in connection with the conduct of the current case before the Court or of the proceedings of the Timor Sea Treaty Tribunal. The Court observes that the Solicitor-General of Australia moreover clarified during the hearings, in answer to a question from a Member of the Court, that no person involved in the arbitration or negotiation has been informed of the content of the documents and data seized.

44. The Court further notes that the Agent of Australia stated that "the Attorney-General of the Commonwealth of Australia [had] the actual and ostensible authority to bind Australia as a matter of both Australian law and international law". The Court has no reason to believe that the written undertaking dated 21 January 2014 will not be implemented by Australia. Once a State has made such a commitment concerning its conduct, its good faith in complying with that commitment is to be presumed.

45. The Court, however, takes cognizance of the fact that, in paragraph 3 of his written undertaking dated 21 January 2014, the Attorney-General states that the seized material will not be used "by any part of the Australian Government for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions)". The Attorney-General underlined in paragraph 2, that "[s]hould [he] become aware of any circumstance which would make it necessary for [him] to inform [himself] of the Material, [he] would first bring that fact to the attention of the Court, at which time further undertakings will be offered".

46. Given that, in certain circumstances involving national security, the Government of Australia envisages the possibility of making use of the seized material, the Court finds that there remains a risk of disclosure of this potentially highly prejudicial information. The Court notes that the Attorney-General of Australia has given an undertaking that any access to the material, for considerations of national security, would be highly restricted and that the contents of the material would not be divulged to any persons involved in the conduct of the Timor Sea Treaty Arbitration, in the conduct of any future bilateral negotiations on maritime delimitation, or in the conduct of the proceedings before this Court. However, once disclosed to any designated officials in the circumstances provided for in the written undertaking dated 21 January 2014, the information contained in the seized material could reach third parties, and the confidentiality of the materials could be breached. Moreover, the Court observes that the commitment of Australia to keep the seized material sealed has only been given until the Court's decision on the request for the indication of provisional measures (see paragraph 39 above).

ciations au nom de l'Australie. Toute violation de la confidentialité risquerait de ne pas pouvoir être réparée, puisqu'il pourrait se révéler impossible de revenir au *statu quo ante* après la divulgation d'informations confidentielles.

43. La Cour note que l'engagement écrit pris par l'*Attorney-General* de l'Australie le 21 janvier 2014 comprend l'assurance qu'aucune entité du Gouvernement australien n'aura accès aux éléments saisis à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations y relatives, ainsi qu'à la conduite de la procédure devant la Cour ou de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor. Elle observe que le *Solicitor-General* de l'Australie a par ailleurs précisé à l'audience, en réponse à une question posée par un membre de la Cour, qu'aucune personne prenant part à l'arbitrage ou aux négociations n'avait été informée du contenu des documents et données saisis.

44. La Cour relève en outre que l'agent de l'Australie a indiqué que «l'*Attorney-General* du Commonwealth d'Australie a[vait] le pouvoir effectif et manifeste de prendre des engagements liant l'Australie, tant au regard du droit australien que du droit international». La Cour n'a aucune raison de penser que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 ne sera pas respecté par l'Australie. Dès lors qu'un Etat a pris un tel engagement quant à son comportement, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi.

45. La Cour constate néanmoins que, au paragraphe 3 de son engagement écrit en date du 21 janvier 2014, l'*Attorney-General* déclare que les éléments saisis ne seront utilisés par «aucune entité du Gouvernement australien ... à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites)». Au paragraphe 2 de ce même document, l'*Attorney-General* souligne que, «[d]ans le cas où une circonstance, quelle qu'elle soit, nécessiterait [qu'il] prenne connaissance de ces éléments, [il] en informer[ait] tout d'abord la Cour, et [prendrait] alors devant elle d'autres engagements».

46. Etant donné que, dans certaines circonstances touchant à la sécurité nationale, le Gouvernement de l'Australie envisage la possibilité de faire usage des éléments saisis, la Cour considère qu'un risque subsiste que ces informations qui peuvent se révéler hautement préjudiciables soient divulguées. Elle relève que l'*Attorney-General* de l'Australie s'est engagé à ce que tout accès aux éléments en cause à des fins de sécurité nationale soit extrêmement limité et à ce que le contenu de ces éléments ne soit divulgué à aucune personne participant à la conduite de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor, de toute négociation bilatérale future relative à la délimitation maritime ou de la procédure devant la Cour. Ce nonobstant, une fois communiquées à tout fonctionnaire habilité aux fins visées dans l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014, les informations contenues dans les éléments saisis pourraient parvenir à des tiers, et la confidentialité de ces éléments pourrait être violée. La Cour observe en outre que l'Australie ne s'est engagée à garder sous scellés les éléments saisis que jusqu'à ce qu'elle rende sa décision sur la demande en indication de mesures conservatoires (voir paragraphe 39 ci-dessus).

47. In light of the above, the Court considers that the written undertaking dated 21 January 2014 makes a significant contribution towards mitigating the imminent risk of irreparable prejudice created by the seizure of the above-mentioned material to Timor-Leste's rights, particularly its right to the confidentiality of that material being duly safeguarded, but does not remove this risk entirely.

48. The Court concludes from the foregoing that, in view of the circumstances, the conditions required by its Statute for it to indicate provisional measures have been met in so far as, in spite of the written undertaking dated 21 January 2014, there is still an imminent risk of irreparable prejudice as demonstrated in paragraphs 46 and 47 above. It is therefore appropriate for the Court to indicate certain measures in order to protect Timor-Leste's rights pending the Court's decision on the merits of the case.

IV. Measures to Be Adopted

49. The Court recalls that it has the power, under its Statute, when a request for provisional measures has been made, to indicate measures that are in whole or in part other than those requested. Article 75, paragraph 2, of the Rules of Court specifically refers to this power of the Court. The Court has already exercised this power on several occasions in the past (see, for example, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning* the Temple of Preah Vihear (Cambodia *v.* Thailand) *(Cambodia* v. *Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*, p. 551, para. 58). In the present case, having considered the terms of the provisional measures requested by Timor-Leste, the Court finds that the measures to be indicated need not be identical to those requested.

50. The Court notes that the Solicitor-General of Australia clarified during the oral proceedings that the written undertaking of the Attorney-General of 21 January 2014 "will not expire" without prior consultation with the Court. Thus, this undertaking will not expire once the Court has ruled on Timor-Leste's request for the indication of provisional measures. As the written undertaking of 21 January 2014 does not contain any specific reference to the seized documents being sealed, the Court must also take into account the duration of Australia's commitment to keep the said material under seal contained in the letter dated 23 December 2013 from the Attorney-General of Australia to the Director-General of ASIO. The Court takes note of the fact that under the terms of that letter, the commitment was given until the close of the oral proceedings on the request for the indication of provisional measures. The Court further observes that, during the oral proceedings, Australia gave assurances that the seized material would remain sealed and kept inaccessible until the Court had rendered its decision on that request.

47. Au vu des considérations exposées ci-dessus, la Cour estime que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 contribue de manière importante à atténuer le risque imminent de préjudice irréparable que la saisie des éléments susmentionnés fait peser sur les droits du Timor-Leste et, en particulier, son droit à ce que la confidentialité de ces éléments soit dûment protégée, mais ne supprime pas entièrement ce risque.

48. La Cour conclut de ce qui précède que, vu les circonstances, les conditions requises par son Statut pour qu'elle puisse indiquer des mesures conservatoires sont remplies, puisque, en dépit de l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014, un risque imminent de préjudice irréparable subsiste, ainsi que cela a été démontré aux paragraphes 46 et 47 ci-dessus. Il est donc approprié qu'elle indique certaines mesures conservatoires afin de protéger les droits du Timor-Leste en attendant qu'elle se prononce sur le fond de l'affaire.

IV. Mesures devant être adoptées

49. La Cour rappelle que, en vertu de son Statut, elle a le pouvoir, lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui ont été sollicitées. Ce pouvoir lui est expressément reconnu par le paragraphe 2 de l'article 75 de son Règlement. La Cour l'a déjà exercé à plusieurs reprises (voir, par exemple, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du* Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) *(Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 551, par. 58). En la présente espèce, ayant examiné le libellé des mesures conservatoires demandées par le Timor-Leste, la Cour estime que les mesures qu'il convient d'indiquer n'ont pas à leur être identiques.

50. La Cour relève que le *Solicitor-General* de l'Australie a précisé à l'audience que l'engagement écrit pris par l'*Attorney-General* le 21 janvier 2014 «n'expirera[it] pas» sans qu'elle ne soit préalablement consultée. Cet engagement n'expirera donc pas une fois que la Cour aura statué sur la demande en indication de mesures conservatoires du Timor-Leste. L'engagement écrit du 21 janvier 2014 ne précisant pas que les éléments saisis sont placés sous scellés, la Cour doit également tenir compte de la durée de l'engagement de les garder sous scellés que l'Australie a pris dans la lettre en date du 23 décembre 2013 que son *Attorney-General* a adressée au directeur général de l'ASIO. Elle prend note de ce que, aux termes de cette lettre, cet engagement valait jusqu'à la clôture de la procédure orale relative à la demande en indication de mesures conservatoires. La Cour observe en outre que, à l'audience, l'Australie a donné l'assurance que les éléments saisis demeureraient sous scellés et inaccessibles jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision sur cette demande.

51. Given the likelihood that much of the seized material contains sensitive and confidential information relevant to the pending arbitration and that it may also include elements that are pertinent to any future maritime negotiations which may take place between the Parties, the Court finds that it is essential to ensure that the content of the seized material is not in any way or at any time divulged to any person or persons who could use it, or cause it to be used, to the disadvantage of Timor-Leste in its relations with Australia over the Timor Sea. It is therefore necessary to keep the seized documents and electronic data and any copies thereof under seal until further decision of the Court.

52. Timor-Leste has expressed concerns over the confidentiality of its ongoing communications with its legal advisers concerning, in particular, the conduct of the Timor Sea Treaty Arbitration, as well as the conduct of any future negotiations over the Timor Sea and its resources, a matter which is not covered by the written undertaking of the Attorney-General of 21 January 2014. The Court further finds it appropriate to require Australia not to interfere in any way in communications between Timor-Leste and its legal advisers, either in connection with the pending arbitral proceedings and with any future bilateral negotiations concerning maritime delimitation, or in connection with any other related procedure between the two States, including the present case before the Court.

* * *

53. The Court reaffirms that its "orders on provisional measures under Article 41 [of the Statute] have binding effect" (*LaGrand (Germany* v. *United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109) and thus create international legal obligations for any party to whom the provisional measures are addressed.

* * *

54. The decision given in the present proceedings in no way prejudges the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves. It leaves unaffected the right of the Governments of Timor-Leste and Australia to submit arguments in respect of those questions.

* * *

55. For these reasons,

THE COURT,

Indicates the following provisional measures:

51. Une grande partie des éléments saisis comprenant probablement des informations sensibles et confidentielles pertinentes aux fins de l'arbitrage en cours et peut-être aussi des informations pertinentes aux fins de négociations maritimes que les Parties pourraient mener à l'avenir, la Cour conclut qu'il est essentiel de faire en sorte que le contenu de ces éléments ne soit d'aucune manière et à aucun moment divulgué à une quelconque personne susceptible de l'utiliser, ou d'en susciter l'utilisation, au détriment du Timor-Leste dans ses relations avec l'Australie en ce qui concerne la mer de Timor. Il convient dès lors que les documents et données électroniques saisis, ainsi que toute copie qui en aurait été faite, soient conservés sous scellés jusqu'à toute nouvelle décision de la Cour.

52. Le Timor-Leste a exprimé des préoccupations quant à la confidentialité des communications qu'il continue d'avoir avec ses conseillers juridiques en ce qui concerne, notamment, la conduite de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor et des futures négociations au sujet de la mer de Timor et de ses ressources, aspect qui n'est pas couvert par l'engagement écrit de l'*Attorney-General* du 21 janvier 2014. La Cour estime approprié de prescrire également à l'Australie de ne pas s'ingérer de quelque manière que ce soit dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques ayant trait à la procédure arbitrale en cours et à toute négociation bilatérale future sur la délimitation maritime, ou à toute autre procédure entre les deux Etats qui s'y rapporte, dont la présente instance devant la Cour.

* * *

53. La Cour réaffirme que ses «ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 [du Statut] ont un caractère obligatoire» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 506, par. 109) et, partant, créent des obligations juridiques internationales pour toute partie à laquelle ces mesures sont adressées.

* * *

54. La décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la question de la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même. Elle laisse intact le droit des Gouvernements du Timor-Leste et de l'Australie de faire valoir leurs moyens en ces matières.

* * *

55. Par ces motifs,

LA COUR,

Indique à titre provisoire les mesures conservatoires suivantes:

(1) By twelve votes to four,

Australia shall ensure that the content of the seized material is not in any way or at any time used by any person or persons to the disadvantage of Timor-Leste until the present case has been concluded;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Gaja, Bhandari; *Judge* ad hoc Cot;

AGAINST: *Judges* Keith, Greenwood, Donoghue; *Judge* ad hoc Callinan;

(2) By twelve votes to four,

Australia shall keep under seal the seized documents and electronic data and any copies thereof until further decision of the Court;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Gaja, Bhandari; *Judge* ad hoc Cot;

AGAINST: *Judges* Keith, Greenwood, Donoghue; *Judge* ad hoc Callinan;

(3) By fifteen votes to one,

Australia shall not interfere in any way in communications between Timor-Leste and its legal advisers in connection with the pending *Arbitration under the Timor Sea Treaty of 20 May 2002* between Timor-Leste and Australia, with any future bilateral negotiations concerning maritime delimitation, or with any other related procedure between the two States, including the present case before the Court.

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; *Judge* ad hoc Cot;

AGAINST: *Judge* ad hoc Callinan.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this third day of March, two thousand and fourteen, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Democratic Republic of Timor-Leste and the Government of Australia, respectively.

(Signed) Peter TOMKA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

1) Par douze voix contre quatre,

L'Australie fera en sorte que le contenu des éléments saisis ne soit d'aucune manière et à aucun moment utilisé par une quelconque personne au détriment du Timor-Leste, et ce, jusqu'à ce que la présente affaire vienne à son terme;

POUR : M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, M^me^ Xue, MM. Gaja, Bhandari, *juges*; M. Cot, *juge* ad hoc;

CONTRE : MM. Keith, Greenwood, M^me^ Donoghue, *juges*; M. Callinan, *juge* ad hoc;

2) Par douze voix contre quatre,

L'Australie conservera sous scellés les documents et données électroniques saisis, ainsi que toute copie qui en aurait été faite, jusqu'à toute nouvelle décision de la Cour;

POUR : M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, M^me^ Xue, MM. Gaja, Bhandari, *juges*; M. Cot, *juge* ad hoc;

CONTRE : MM. Keith, Greenwood, M^me^ Donoghue, *juges*; M. Callinan, *juge* ad hoc;

3) Par quinze voix contre une,

L'Australie ne s'ingérera d'aucune manière dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques ayant trait à l'*Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor* actuellement en cours entre le Timor-Leste et l'Australie, à toute négociation bilatérale future sur la délimitation maritime, ou à toute autre procédure entre les deux Etats qui s'y rapporte, dont la présente instance devant la Cour.

POUR : M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, MM. Gaja, Bhandari, *juges*; M. Cot, *juge* ad hoc;

CONTRE : M. Callinan, *juge* ad hoc.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le trois mars deux mille quatorze, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République démocratique du Timor-Leste et au Gouvernement de l'Australie.

Le président,
(Signé) Peter TOMKA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

Judge KEITH appends a dissenting opinion to the Order of the Court; Judge CANÇADO TRINDADE appends a separate opinion to the Order of the Court; Judge GREENWOOD appends a dissenting opinion to the Order of the Court; Judge DONOGHUE appends a separate opinion to the Order of the Court; Judge *ad hoc* CALLINAN appends a dissenting opinion to the Order of the Court.

(Initialled) P.T.

(Initialled) Ph.C.

M. le juge KEITH joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion dissidente; M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion individuelle; M. le juge GREENWOOD joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion dissidente; M^me^ la juge DONOGHUE joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion individuelle; M. le juge *ad hoc* CALLINAN joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion dissidente.

(Paraphé) P.T.

(Paraphé) Ph.C.

DISSENTING OPINION OF JUDGE KEITH

1. I regret that I cannot agree with two of the measures the Court has adopted. My regret is the greater for I do have some understanding of the "deep offence and shock" felt in Timor-Leste about the actions of ASIO to which the Agent of Timor-Leste referred at the outset of this proceeding. I do not however consider that grounds for adopting the measures have been established.

2. In its Application, Timor-Leste listed as its main legal grounds its property and other rights in the documents and data sent to, held by, received from or prepared by its legal representatives and legal advisers, *(a)* generally, *(b)* in the course of the provision of legal advice to it, and *(c)* in the course of preparation for litigation in which it is engaged as a party. "These rights exist under customary international law and any relevant domestic law, and as a consequence of the sovereignty of Timor-Leste under international law". The request for provisional measures adopts a broader position, going beyond the arbitration, by including among the consequences it seeks to avoid Australia being able to inform itself of (1) privileged advice given to Timor-Leste by its advisers relating to the Timor Sea and its resources, (2) Timor-Leste's position in relation to those matters, and (3) other matters, confidential to Timor-Leste, treated in the documents and data.

3. The undertaking of non-communication of the material seized, given by the Australian Attorney-General on 4 December 2013, related only to those individuals involved in the arbitration, as did that of 19 December to the Arbitral Tribunal; on 23 December that undertaking was extended to these proceedings (paragraph 37 of the Order). However, at this point, the undertakings did not extend to the other matters included by Timor-Leste in its request and listed at the end of the last paragraph.

4. While it is not surprising that the broader claims made by Timor-Leste in its request filed on 17 December were not addressed in the undertakings given by Australia just two and six days later on 19 and 23 December, it is not the case, as Australia claimed in the hearings, that those matters were raised "for the first time" at the beginning of the hearings. Australia was equally in error when it stated that it would much have preferred that Timor-Leste had taken up the Court's invitation to file written observations so that the charges it made the previous day could have been made with precision. The Court issued no such invitation.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Je suis au regret de ne pouvoir m'associer à deux des mesures conservatoires qui ont été indiquées par la Cour, d'autant plus que je comprends, dans une certaine mesure, que le Timor-Leste ait été «fort meurtri et choqué» par les actes de l'ASIO auxquels son agent a fait référence au début de la procédure. Je considère néanmoins qu'il n'a pas été établi que ces mesures étaient justifiées.

2. Dans sa requête, le Timor-Leste a invoqué, comme principaux moyens juridiques, les droits de propriété et autres droits qu'il détient à l'égard des documents et données qu'il adresse à ses représentants et conseillers juridiques, que ceux-ci ont en leur possession ou ont établis, ou qu'il reçoit de leur part ; ces droits étaient invoqués *a)* à l'égard desdits éléments en général, *b)* à l'égard de ceux ayant trait à des conseils juridiques destinés au Timor-Leste, et *c)* à l'égard de ceux qui s'inscrivent dans le cadre de la préparation d'un arbitrage auquel celui-ci est partie. Selon le Timor-Leste, «[c]es droits découlent du droit international coutumier et de tout droit interne pertinent, ainsi que de la souveraineté du Timor-Leste en droit international». Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, le Timor-Leste a cependant adopté une approche plus large, allant au-delà de l'arbitrage, en mentionnant, parmi les risques qu'il cherchait à éviter, celui que l'Australie prenne connaissance 1) de conseils protégés par le secret professionnel qui lui ont été donnés par ses conseillers au sujet de questions relatives à la mer de Timor et à ses ressources, 2) de sa position concernant ces questions, et 3) d'autres questions traitées dans les documents et données qu'il juge confidentielles.

3. L'engagement de ne pas communiquer les éléments saisis que l'*Attorney-General* de l'Australie avait pris le 4 décembre 2013 ne visait que les personnes participant à l'arbitrage, tout comme celui qui a été pris le 19 décembre devant le tribunal arbitral ; le 23 décembre, cet engagement a été étendu à la présente procédure (paragraphe 37 de l'ordonnance), sans toutefois l'être aux autres questions soulevées par le Timor-Leste dans sa demande et énumérées à la fin du paragraphe précédent.

4. S'il n'est guère surprenant que les prétentions plus larges que le Timor-Leste a formulées dans sa demande déposée le 17 décembre n'aient pas été prises en compte dans les engagements donnés par l'Australie deux et six jours à peine plus tard — c'est-à-dire les 19 et 23 décembre —, il est inexact de dire, comme celle-ci l'a fait à l'audience, que ces questions ont été soulevées «pour la toute première fois» au début de la procédure orale. L'Australie s'est également fourvoyée en déclarant qu'il aurait été préférable que le Timor-Leste donne suite à l'invitation de la Cour de présenter des observations écrites afin que les accusations qu'il avait formulées la veille fussent précisées ; la Cour ne l'y a jamais invité.

5. Timor-Leste, in the first round of the hearings on 20 January 2014, emphasized the additional matters listed in its request and, as well, what it saw as the lack of binding force, at least at the international level, of the undertakings given by the Attorney-General. That led to the filing the next day by Australia of a further undertaking, dated 21 January 2014, by the Attorney-General (quoted in part in paragraph 10 below). The undertaking of non-communication now (1) applies until final judgment or until further or earlier order of the Court and (2) extends to "any part of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations".

6. In the second round of the oral hearings, the Agent of Timor-Leste and both of its counsel addressed the new undertaking. One counsel said that "only now does it extend to maritime delimitation matters". He asked that it be backed by an Order of the Court that deals with the treatment of the materials. He made no comment about any specific gap in the coverage of the undertaking. The second counsel stated that they would look at the new undertaking with interest in the light of Australia's responses to the questions put to it by Members of the Court. He made no reference to the widened scope of the new undertaking. It would be good, he said, to hear the Agent of Australia say unambiguously that Australia accepts that the undertaking given on 21 January is binding on Australia, vis-à-vis Timor-Leste, under international law. The Agent of Timor-Leste repeated that they awaited with interest Australia's answers to the questions.

7. In the second round Australia answered the questions put to it by Members of the Court. Further, its Agent repeated that the Attorney-General has the actual and ostensible authority to bind Australia as a matter of national law and international law. He continued: "Australia has made the undertakings, Australia will honour them". The last relevant step in this process is that Timor-Leste, in exercise of its opportunity to comment in writing on the answers given by Australia, said, in its letter of 27 January 2014, that, except in one respect, it did not find it necessary to comment on the answers at the provisional measures stage. The exception was to state its understanding of the scope of one particular undertaking given in those answers. Australia has not questioned that understanding.

8. The important points for me arising from those events are that Timor-Leste sought and received a broader undertaking, both temporally and substantively, and a clear acknowledgment, as I read Australia's statements, that the undertakings are binding on Australia as a matter of international law. I consider the two matters in turn.

5. Lors du premier tour de plaidoiries, le 20 janvier 2014, le Timor-Leste a mis l'accent sur les points supplémentaires énumérés dans sa demande et sur le fait que, selon lui, les engagements pris par l'*Attorney-General* n'avaient pas force obligatoire, du moins sur le plan international. Cela a conduit l'Australie à déposer, le lendemain, un nouvel engagement de son *Attorney-General*, en date du 21 janvier 2014 (dont un extrait est cité au paragraphe 10 ci-après). Désormais, l'engagement de ne pas communiquer les documents et données 1) s'appliquait jusqu'à ce que la Cour ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur, et 2) s'étendait à toute «entité du Gouvernement australien [...] à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations à ce sujet».

6. Au second tour, ce nouvel engagement a été examiné par l'agent et deux conseils du Timor-Leste. L'un des conseils a relevé que «[c]e n'[était] que maintenant que cet engagement s'étend[ait] aux questions de délimitation maritime». Il a demandé que celui-ci soit étayé par une prescription de la Cour portant sur le traitement des éléments en cause. En revanche, il n'a fait état d'aucune lacune particulière dans ledit engagement. L'autre conseil a précisé que la partie timoraise examinerait attentivement l'engagement du 21 janvier 2014 à la lumière des réponses de l'Australie aux questions posées par des membres de la Cour, sans faire mention de la portée élargie de ce document. Il a cependant ajouté qu'il serait bon d'entendre l'agent de l'Australie déclarer sans ambiguïté que celle-ci reconnaissait être liée par cet engagement vis-à-vis du Timor-Leste au regard du droit international. L'agent du Timor-Leste, quant à lui, a confirmé que la Partie timoraise attendait avec intérêt les réponses de l'Australie aux questions qui lui avaient été posées.

7. L'Australie a répondu aux questions des membres de la Cour lors de son second tour de plaidoieries. Par ailleurs, son agent a confirmé que l'*Attorney-General* avait le pouvoir effectif et manifeste de prendre des engagements liant l'Australie, tant au regard du droit australien que du droit international, ajoutant que celle-ci «a[vait] pris ces engagements et [qu']elle les honorera[it]». Enfin, il convient de rappeler que le Timor-Leste, faisant usage de la possibilité qui lui avait été donnée de formuler des observations écrites sur les réponses fournies par l'Australie, a indiqué, dans une lettre datée du 27 janvier 2014, que, hormis sur un point, il n'estimait pas nécessaire de formuler pareilles observations au stade de l'examen des mesures conservatoires. Le Timor-Leste a simplement tenu à donner son interprétation de la portée d'un engagement particulier pris dans lesdites réponses, interprétation que l'Australie n'a pas contestée.

8. Selon moi, deux points importants se dégagent de ces développements: le Timor-Leste a demandé et obtenu, d'une part, un engagement plus large, tant du point de vue temporel que sur le fond et, d'autre part, une reconnaissance claire, si je comprends bien les déclarations de l'Australie, de ce que celle-ci était liée, au regard du droit international, par les engagements qu'elle avait pris. J'examinerai ces deux points tour à tour.

9. In respect of the first, so far as the temporal scope of the undertaking is concerned, the undertakings have two different elements, the second of which runs into the latest undertaking's substantive scope. The first is that the undertaking of 21 January 2014 now applies "until final judgment or until final order or earlier order of the Court". That extent exactly meets the incidental, interim and conservatory function of provisional measures of protection in relation to the principal proceeding. To turn to the second element, the principal relevant undertaking is one of non-communication whereas on 23 December 2013 the Attorney-General had instructed that the material would be sealed, but only until 22 January 2014. That difference between non-communication to certain persons for certain purposes and sealing for all purposes leads into the substantive scope of the undertaking.

10. Like the Court, I proceed on the basis that the plausible right at issue in this case is the right of a State to enjoy a confidential relationship with its legal advisers, in particular, in respect of disputes with another State which are or may be the subject of litigation or negotiation or other form of peaceful settlement. The State should not in principle be at risk of that relationship being interfered with by the other party to the dispute (see Order, para. 27). In this case, to return to the elaboration which Timor-Leste provided in the course of the proceedings and to repeat it, the confidential relationship relates to (1) privileged advice given to Timor-Leste by its advisers relating to the Timor Sea and its resources, (2) Timor-Leste's position in relation to those matters, and (3) other matters, confidential to Timor-Leste, treated in the documents and data. The most relevant part of the undertaking given by the Attorney-General in his letter of 21 January reads as follows:

> "that until final judgment in this proceeding or until further or earlier order of the Court:
>
> 1. I will not make myself aware or otherwise seek to inform myself of the content of the Material [seized from the law firm] or any information derived from the Material; and
>
> 2. Should I become aware of any circumstance which would make it necessary for me to inform myself of the Material, I will first bring that fact to the attention of the Court, at which time further undertakings will be offered; and
> 3. The Material will not be used by any part of the Australian Government for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions); and
> 4. Without limiting the above, the Material, or any information derived from the Material, will not be made available to any part

9. S'agissant du premier point, la portée temporelle des engagements revêt deux aspects distincts, le second rejoignant la portée matérielle du dernier engagement en date. Premièrement, l'engagement du 21 janvier 2014 s'appliquait désormais «jusqu'à ce que [la Cour] ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur». Cela correspond précisément à la fonction incidente, provisoire et conservatoire des mesures conservatoires par rapport à l'instance principale. Quant au second aspect, le principal engagement pertinent est celui de non-communication, alors que l'*Attorney-General* avait, le 23 décembre 2013, indiqué que les documents seraient placés sous scellés, mais seulement jusqu'au 22 janvier 2014. Cette différence entre la non-communication à certaines personnes et à certaines fins, et la mise sous scellés à toutes fins, nous ramène à la portée matérielle de l'engagement.

10. Tout comme la Cour, je pars du principe que le droit plausible qui est en cause dans la présente affaire est le droit d'un Etat de pouvoir entretenir des relations avec ses conseillers juridiques en toute confidentialité, notamment pour ce qui concerne les différends avec un autre Etat qui font ou sont susceptibles de faire l'objet d'une procédure judiciaire, de négociations ou de toute autre forme de règlement pacifique. En principe, l'Etat en question ne devrait pas être exposé au risque que l'autre partie au différend s'ingère dans ces relations (voir ordonnance, par. 27). En l'espèce, pour reprendre les arguments exposés par le Timor-Leste au cours de la procédure, la confidentialité s'attache 1) aux conseils relevant du secret professionnel donnés au Timor-Leste par ses conseillers au sujet de la mer de Timor et de ses ressources, 2) à la position du Timor-Leste concernant ces questions, et 3) à d'autres questions traitées dans les documents et données que le Timor-Leste juge confidentielles. Le passage pertinent de l'engagement pris par l'*Attorney-General* dans sa lettre du 21 janvier se lit comme suit:

> «Je prends devant la Cour, jusqu'à ce que celle-ci ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur, l'engagement
>
> 1. De ne pas prendre moi-même connaissance ni chercher de quelque autre manière à avoir connaissance du contenu des éléments en cause [saisis au cabinet d'avocat] ou de toutes informations qui en découleraient;
> 2. Dans le cas où une circonstance, quelle qu'elle soit, nécessiterait que je prenne connaissance de ces éléments et données, d'en informer tout d'abord la Cour, et de prendre alors devant elle d'autres engagements;
> 3. De faire en sorte qu'aucune entité du Gouvernement australien n'utilise lesdits éléments à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites);
> 4. De faire en sorte, sans préjudice de ce qui précède, qu'aucune entité du Gouvernement australien ne puisse avoir accès auxdits

of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations, or relating to the conduct of:

(a) these proceedings; and

(b) the proceedings in the Arbitral Tribunal [constituted under the 2002 Timor Sea Treaty]."

Paragraph 4 is the critical part of the undertaking. In so far as its introductory phrase may be seen as referring to national security purposes (subpara. 3), the Solicitor-General provided the clarification that the matters included in subparagraph 4 "fall outside the 'national security' purpose referred to in subparagraph 3" (CR 2014/4, p. 20, see also page 21 in respect of any criminal proceeding). When subparagraph 4 is read in accordance with that clarification, it seems to me to match in full the scope of the particular interests which Timor-Leste considers to be at risk of irreparable prejudice. Accordingly, I am not surprised that Timor-Leste in its letter of 27 January did not identify any gaps in the coverage of the new undertaking. It did not point to any remaining element of risk of irreparable prejudice to its rights and interests.

11. There remains the question whether the undertaking binds Australia as a matter of international law. I have no doubt that it does. As the Court says, Australia's good faith in complying with that commitment is to be presumed (Order, para. 44).

12. Given both the scope of the undertaking and its binding character, for me the matter of weighing Australia's concerns and its rights and interests relating to the disclosure of its agents' identities and intelligence methods does not arise. Any imminent risk of irreparable prejudice to Timor-Leste is removed by the most recent undertaking given by the Attorney-General on behalf of Australia, read with the clarifications provided by its Solicitor-General.

13. My votes on this Order in no way prejudge the positions I may take on questions concerning the jurisdiction of the Court, the admissibility of the Application or the merits as they arise later in these proceedings. As the Court says, the Order does not affect the rights of the Parties to submit arguments on those matters.

(Signed) Kenneth KEITH.

éléments et à toutes informations qui en découleraient à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations à ce sujet, ou à la conduite de :

a) la présente procédure ; et
b) l'arbitrage [en vertu du traité sur la mer de Timor de 2002]. »

Le quatrième point constitue le passage essentiel de cet engagement. Etant donné que le membre de phrase « sans préjudice de ce qui précède » pouvait être interprété comme faisant référence à des questions de sécurité nationale (troisième point), le *Solicitor-General* a précisé que les questions entrant dans le champ de ce quatrième point « ne relevaient pas des questions de « sécurité nationale » visées au troisième » (CR 2014/4, p. 20 ; voir aussi p. 21, pour ce qui concerne toute procédure pénale). A la lumière de cette précision, le quatrième point me semble pleinement correspondre à la portée des intérêts particuliers sur lesquels pesait, selon le Timor-Leste, un risque de préjudice irréparable. Dès lors, je ne suis pas surpris que le Timor-Leste n'ait fait mention, dans sa lettre du 27 janvier, d'aucune lacune dans ce nouvel engagement. Il n'a pas indiqué que subsistait un quelconque risque que soit causé un préjudice irréparable à ses droits et intérêts.

11. Reste la question de savoir si l'Australie était liée par cet engagement au regard du droit international. Selon moi, il ne fait aucun doute que tel était bien le cas. Ainsi que la Cour l'a précisé, il devait être présumé que l'Australie se conformerait de bonne foi à l'engagement qu'elle avait pris (ordonnance, par. 44).

12. La portée de l'engagement et son caractère contraignant rendaient, selon moi, inutile de prendre en considération les préoccupations exprimées par l'Australie, ainsi que ses droits et intérêts, concernant la divulgation de l'identité de ses agents et de leurs méthodes de renseignement. Le dernier engagement pris par l'*Attorney-General* au nom de l'Australie, à la lumière des précisions apportées par le *Solicitor-General*, avait écarté tout risque imminent qu'un préjudice irréparable soit causé au Timor-Leste.

13. Mon vote sur les différents points du dispositif de l'ordonnance ne préjuge en rien des positions que je pourrais adopter quant à certaines questions relatives à la compétence de la Cour, à la recevabilité de la requête ou au fond de l'affaire, telles qu'elles pourraient se poser ultérieurement en la présente instance. Ainsi que la Cour l'a dit, l'ordonnance laisse intact le droit des Parties de faire valoir leurs moyens en ces matières.

(*Signé*) Kenneth KEITH.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
I. *Prolegomena*	1-2
II. The Centrality of the Quest for Justice	3-12
1. Impertinence of reliance on local remedies in the circumstances of the present case	4-5
2. Impertinence of reliance on avoidance of "concurrent jurisdiction" in the circumstances of the present case	6-10
3. General assessment	11-12
III. Impertinence of Reliance upon Unilateral Acts of States in the Course of International Legal Proceedings	13-25
IV. *Ex Conscientia Jus Oritur*	26-28
V. The Question of the Ownership of the Seized Documents and Data	29-32
VI. The Relevance of General Principles of International Law	33-43
1. Responses of the Parties to a question from the Bench	34-36
2. General assessment	37-43
VII. The Prevalence of the Juridical Equality of States	44-45
VIII. Provisional Measures of Protection Independently of Unilateral "Undertakings" or Assurances	46-58
IX. The Autonomous Legal Regime of Provisional Measures of Protection	59-62
X. Epilogue: A Recapitulation	63-71

*

I. *Prolegomena*

1. Destiny has wished that the judicial year of 2014 of the International Court of Justice (ICJ) was to start with the consideration of the present

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
I. Prolégomènes	1-2
II. Le rôle central de la quête de justice	3-12
1. L'absence de pertinence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes	4-5
2. L'absence de pertinence de l'argument tenant à la nécessité d'éviter toute « compétence concurrente »	6-10
3. Appréciation générale	11-12
III. L'absence de pertinence du recours aux actes unilatéraux d'États dans le cadre des procédures judiciaires internationales	13-25
IV. *Ex conscientia jus oritur*	26-28
V. La question de la propriété des documents et données saisis	29-32
VI. La pertinence des principes généraux du droit international	33-43
1. Réponses des Parties à une question d'un membre de la Cour	34-36
2. Appréciation générale	37-43
VII. La primauté du principe de l'égalité juridique des États	44-45
VIII. La nécessité de mesures conservatoires indépendantes des assurances ou « engagements » unilatéraux	46-58
IX. Le régime juridique autonome des mesures conservatoires	59-62
X. Épilogue : récapitulation	63-71

*

I. Prolégomènes

1. Le hasard a voulu que la Cour entame l'année judiciaire 2014 par l'examen de la présente affaire, introduite le 17 décembre 2013, relative-

case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, lodged with the Court on 17 December 2013, which once again shows that the factual context of disputes lodged with an international tribunal like the International Court of Justice may well cross the threshold of human imagination. In effect, I have concurred with my vote to the adoption of the present Order of 3 March 2014, as I consider that the provisional measures of protection ordered by the Court are better than nothing, better than not having ordered any such measures at all. Yet, given the circumstances of the *cas d'espèce*, I think that the Court should have gone further, and should have ordered the measure requested by Timor-Leste, to the effect of having the documents and data (containing information belonging to it) seized by Australia, immediately sealed and delivered into the *custody of the Court itself* here at its *siège* at the Peace Palace in The Hague.

2. I feel thus obliged to leave on the records the foundations of my personal position on the matter. To that effect, I shall address, firstly, the centrality of the quest for justice (disclosing the impertinence of the invocation of the local remedies rule, and of reliance on avoidance of so-called "concurrent jurisdiction"). Secondly, I shall dwell on the impertinence of reliance upon unilateral acts of States in the course of international legal proceedings. Thirdly, I shall address the prevalence of human values and the idea of objective justice over facts *(ex conscientia jus oritur)*. Fourthly, I shall address the question of the ownership of the seized documents and data. Fifthly, I shall focus on the relevance of general principles of international law. Sixthly, I shall dwell upon the prevalence of the juridical equality of States. I shall then move to my last line of consideration, on provisional measures of protection independent of unilateral "undertakings" or assurances, and on what I deem it fit to characterize as the *autonomous* legal regime of provisional measures of protection. Last but not least, I shall proceed to a recapitulation of all the points made in the present separate opinion.

II. The Centrality of the Quest for Justice

3. To start with, in the course of the present proceedings the Court was faced with arguments, advanced in particular by the respondent State, which required from it clarification so as to address properly the request for provisional measures of protection. Those arguments pertained to Australia's reliance on: *(a)* local remedies to be allegedly exhausted (by the applicant State) in national courts; and *(b)* avoidance of concurrent jurisdiction (the International Court of Justice and the Arbitral Tribunal of the Permanent Court of Arbitration (PCA)). Those arguments were advanced by counsel for Australia as alleged impediments to Timor-Leste to seek provisional measures of protection from the International Court of Justice itself, as it has done. Yet, it promptly became clear that, in the circumstances of the *cas d'espèce*, reliance on local remedies and on avoi-

ment à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, affaire qui montre une fois encore que le contexte factuel des différends soumis à une juridiction internationale telle que la Cour dépasse parfois l'imagination. Si j'ai voté en faveur de l'adoption de la présente ordonnance, c'est parce que j'estime que les mesures conservatoires indiquées par la Cour valent mieux que rien, et qu'il était préférable d'indiquer ces mesures que de n'en indiquer aucune. Pour autant, au vu des circonstances de la présente espèce, la Cour aurait dû, à mon sens, aller plus loin en faisant droit à la mesure sollicitée par le Timor-Leste, à savoir que les documents et données saisis par l'Australie (qui contiennent des informations appartenant au Timor-Leste) soient immédiatement placés sous scellés et *confiés à la garde de la Cour elle-même*, à son siège du Palais de la Paix, à La Haye.

2. J'estime donc devoir joindre à la présente ordonnance l'exposé de ma position personnelle. J'examinerai, premièrement, le rôle central de la quête de justice (qui révèle l'absence de pertinence de l'invocation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et du souci d'éviter de prétendues «compétences concurrentes»). Deuxièmement, je m'attarderai sur l'absence de pertinence du recours aux actes unilatéraux d'Etats dans le cadre des procédures judiciaires internationales. Troisièmement, je m'intéresserai à la primauté des valeurs humaines et de l'idée d'une justice objective sur les faits *(ex conscientia jus oritur)*, avant d'examiner, quatrièmement, la question de la propriété des documents et données saisis. Cinquièmement, j'aborderai la pertinence des principes généraux du droit international, puis m'arrêterai, sixièmement, sur la prééminence de l'égalité juridique des Etats. Après quoi, j'en viendrai au dernier point de mon analyse, à savoir la nécessité de mesures conservatoires indépendante des assurances ou «engagements» unilatéraux, et ce que je crois devoir qualifier de régime juridique *autonome* régissant pareilles mesures. Enfin, je récapitulerai l'ensemble des points développés dans la présente opinion individuelle.

II. Le rôle central de la quête de justice

3. Il convient tout d'abord de souligner que, en l'espèce, la Cour s'est trouvée confrontée à des arguments — émanant en particulier de l'Etat défendeur — qu'il lui a fallu préciser afin de pouvoir examiner comme il se devait la demande en indication de mesures conservatoires qui lui était présentée. Ces arguments, qui portaient sur *a)* la prétendue nécessité (pour l'Etat demandeur) d'épuiser les voies de recours devant les juridictions nationales et *b)* celle d'éviter toute compétence concurrente (entre la Cour et le tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA)), ont été avancés par les conseils de l'Australie pour contester la faculté du Timor-Leste de solliciter, comme il l'a fait, des mesures conservatoires directement auprès de la Cour. Or, il est rapidement apparu, à la lumière des circonstances de l'affaire, que le principe de l'épuisement des voies de

dance of "concurrent jurisdiction" (judicial and arbitral procedures) were impertinent, and missed the central point of the quest for justice in the circumstances of the *cas d'espèce*.

1. Impertinence of Reliance on Local Remedies in the Circumstances of the Present Case

4. At the public sitting before the Court of 21 January 2014, counsel for Australia contended that Timor-Leste was to pursue "remedies in an Australian court", even though it conceded that this was not a "diplomatic protection claim"[1]. For its part, Timor-Leste contended that the rule of exhaustion of local remedies had no application here, in a case like the present one, "where a State asserts its own right against the State that has harmed it"[2]. It was made clear that, in such circumstances, it would be impertinent to insist on recourse to local remedies.

5. In effect, the rule of exhaustion of local remedies surely does not apply here. Firstly, this is a public complaint, a State claim with public — not private — origin. Secondly, this is a complaint of a *direct* injury to the State itself, fundamentally distinct from one of diplomatic protection. Thirdly, the State is, clearly, not only pursuing its own interests, but vindicating what it regards as its own right. Fourthly, in so doing, the State is acting on its own behalf. *In such circumstances*, a State cannot be compelled to subject itself to appear before national tribunals. As widely reckoned in international case law and legal doctrine, in these circumstances the local remedies rule does not apply: *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*[3].

2. Impertinence of Reliance on Avoidance of "Concurrent Jurisdiction" in the Circumstances of the Present Case

6. Counsel for Australia then drew attention to the pending arbitral proceedings opposing it to Timor-Leste, adding that the International Court of Justice, depending in its view on State consent, had "no inherent priority" over "other forums specially consented to by States", nor review authority over them, unless "such priority or authority have been expressly conferred"[4]. This argument was laid down on a strict State voluntarist outlook, privileging State will. Counsel of Australia proceeded that concurrent jurisdiction (International Court of Justice and PCA Arbitral Tribunal) should be avoided, as "[a] rigid adherence to the

[1] CR 2014/2, of 21 January 2014, pp. 19-20, para. 37.
[2] CR 2014/1, of 20 January 2014, p. 26, para. 20.
[3] A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, pp. 173-174.
[4] CR 2014/2, of 21 January 2014, pp. 43-44, paras. 21-22.

recours internes et l'impératif d'éviter toute «compétence concurrente» étaient dénués de pertinence et n'allaient pas dans le sens de l'objectif primordial de la quête de justice en la présente espèce.

1. L'absence de pertinence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

4. A l'audience publique du 21 janvier 2014, le conseil de l'Australie a soutenu que le Timor-Leste était tenu d'exercer des «voies de recours auprès d'un tribunal australien», tout en concédant qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'une «demande de protection diplomatique»[1]. Le Timor-Leste a, pour sa part, avancé que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne trouvait pas à s'appliquer dans une affaire telle que la présente, «où un Etat fait valoir ses propres droits à l'égard d'un autre Etat qui lui a causé un préjudice»[2], et que, en pareille situation, il serait inopportun de persister à invoquer ladite règle.

5. Il ne fait en effet aucun doute que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas en la présente espèce. Tout d'abord, il s'agit ici d'une réclamation de nature publique, émanant d'un Etat, dont l'origine est publique, et non privée. Cette réclamation porte, qui plus est, sur un préjudice *direct* causé à l'Etat lui-même, et se distingue donc fondamentalement d'une demande de protection diplomatique. Par ailleurs, il est clair qu'il s'agit non pas seulement, pour cet Etat, de protéger ses intérêts, mais également de faire valoir ce qu'il considère comme étant son droit. Enfin, ce faisant, l'Etat agit en son nom propre. *En pareilles circonstances*, un Etat ne saurait être tenu de saisir les tribunaux nationaux. Ainsi que cela a été largement confirmé par la jurisprudence et la doctrine internationales, la règle des recours internes ne s'applique pas dans une telle situation: *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*[3].

2. L'absence de pertinence de l'argument tenant à la nécessité d'éviter toute «compétence concurrente»

6. Le conseil de l'Australie a ensuite appelé l'attention sur l'arbitrage qui oppose actuellement l'Australie et le Timor-Leste, faisant valoir que la Cour, dont la compétence dépend, selon lui, du consentement des Etats, n'a «pas intrinsèquement priorité» sur «les autres organes auxquels les Etats ont spécifiquement consenti» et n'a aucun pouvoir lui permettant de reviser leurs décisions «à moins que pareille priorité ou autorité ne lui ait expressément été conférée»[4]. Cet argument s'inscrit dans une approche strictement volontariste privilégiant la volonté des Etats. Le conseil de l'Australie a ensuite soutenu qu'il convenait d'éviter les compétences concurrentes (entre la Cour

[1] CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 19-20, par. 37.
[2] CR 2014/1, 20 janvier 2014, p. 26, par. 20.
[3] A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, p. 173-174.
[4] CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 43-44, par. 21-22.

parallelism of jurisdictions will only encourage forum shopping, conflict and fragmentation, unduly favouring successive claimants"[5]. In Australia's counsel's view, in order to avoid one international tribunal affecting "parallel proceedings" before another, and also to avoid "two conflicting decisions on the same issue" (paras. 25-26), in his view the PCA Arbitral Tribunal, and not the International Court of Justice, was a "more appropriate forum" for dealing with provisional measures in the present case (paras. 31-33)[6].

7. The International Court of Justice has promptly and rightly disposed of these arguments in the present Order of 3 March 2014. From the start, it recalled that, in its previous Order, of 28 January 2014, in the present case, it

> "decided not to accede to Australia's request for a stay of the proceedings, considering, *inter alia*, that the dispute before it between Timor-Leste and Australia was [is] sufficiently distinct from the dispute being adjudicated upon by the Arbitral Tribunal in the Timor Sea Treaty Arbitration" (para. 17).

The arguments that it rejected unduly shifted attention from the quest for justice and the imperative of the realization of justice, into alleged needs of delimitation of competences between international tribunals.

8. Furthermore, it so happens that the Rules of Procedure of the PCA Arbitral Tribunal, in charge of the arbitration under the Timor Sea Treaty, provide that "[a] request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement". The *interna corporis* of the PCA Arbitral Tribunal itself sees no need of avoiding "forum shopping", or "parallelism of jurisdictions", or "fragmentation of international law", or the like. It is duly focused on the quest for justice.

9. In the present case, there is clearly no impediment to resort to another judicial instance in order to obtain provisional measures of protection, quite on the contrary. The contending Parties are expressly allowed to do so, in case such provisional measures are needed. And, contrary to what Australia's counsel says, the International Court of Justice, and not the PCA Arbitral Tribunal, is surely the "more appropriate forum" for dealing with provisional measures of protection in the case of which it has been seized. Moreover, it is my feeling that a word of caution is here needed as to the aforementioned euphemisms (the empty and misleading rhetoric of "forum shopping", "parallelism", avoidance of "fragmentation" of international law and of "proliferation" of international

[5] CR 2014/2, of 21 January 2014, pp. 44-45, para. 24.
[6] *Ibid.*, pp. 45-47, paras. 25-26 and 31-33.

et le tribunal arbitral de la CPA), au motif que «[s]uivre à la lettre le principe du parallélisme des compétences ne fera[it] qu'encourager la saisine par les parties à un différend de la juridiction qui leur est la plus favorable, le conflit de juridictions et la fragmentation du droit, et favoriser indûment les demandeurs successifs»[5]. Soulignant qu'il était nécessaire d'éviter que les décisions d'un tribunal international n'affectent le déroulement d'une «procédure conduite parallèlement» devant une autre instance, et que ces juridictions ne rendent «deux décisions contradictoires sur la même question» (par. 25-26), il a estimé que le tribunal arbitral — et non la Cour — constituait «l'enceinte la plus appropriée» aux fins de la demande en indication de mesures conservatoires en la présente affaire (par. 31-33)[6].

7. La Cour a rapidement, et à juste titre, écarté ces arguments, rappelant d'emblée que, dans sa précédente ordonnance du 28 janvier 2014 en la présente affaire, elle avait

> «décidé de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance, considérant notamment que le différend porté devant elle [était] suffisamment distinct de celui dont connaî[issait] le tribunal dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor» (par. 17).

Ces arguments du défendeur, bien qu'ils aient été rejetés, ont indûment détourné l'attention de la quête de justice et de l'impératif de réalisation de la justice au profit de questions tenant à la prétendue nécessité de délimiter les compétences entre juridictions internationales.

8. Il se trouve, par ailleurs, que le règlement de procédure du tribunal arbitral de la CPA, saisi pour connaître de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor, dispose qu'«[u]ne demande de mesures provisoires adressée par une partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention». L'instrument constitutif du tribunal de la CPA lui-même ne voit donc nul besoin d'éviter le «forum shopping» [saisine par une partie à un différend de la juridiction qui lui est la plus favorable], le «parallélisme des compétences» ou la «fragmentation du droit international», et met l'accent, comme il se doit, sur la quête de justice.

9. De toute évidence, rien ne faisait obstacle, dans la présente affaire, à ce que les Parties recourent à une autre instance judiciaire pour obtenir des mesures conservatoires. Bien au contraire, elles étaient expressément autorisées à le faire dans l'hypothèse où pareilles mesures seraient requises. De surcroît, contrairement à ce qu'a soutenu le conseil de l'Australie, c'est la Cour — et non le tribunal arbitral — qui constituait de toute évidence «l'enceinte la plus appropriée» pour connaître de la demande dont elle a été saisie. Par ailleurs, il me semble que la plus grande prudence est de mise face aux euphémismes susmentionnés — je veux parler de la rhétorique vide de sens et erronée qui entoure les notions de «forum shopping», de «parallélisme des compétences», de «fragmentation du

[5] CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 44-45, par. 24.
[6] *Ibid.*, p. 45-47, par. 25-26 et 31-33.

tribunals) with which a trend of contemporary legal doctrine (*en vogue* to the north of the equator) has in recent years tried in vain to brainwash younger generations of scholars of our discipline, unduly diverting attention from the quest for justice to alleged "problems" of "delimitation" of competences.

10. In this respect, destiny has wished (once again) that, shortly before the present case was lodged with the International Court of Justice, during the centennial celebrations of the Peace Palace (ICJ Seminar of 23 September 2013), I had the occasion to ponder that:

> "In our days, the more lucid international legal doctrine has at last discarded empty euphemistic expressions used some years ago, such as so-called 'proliferation' of international tribunals, so-called 'fragmentation' of international law, so-called 'forum-shopping', which diverted attention to false issues of delimitation of competences, oblivious of the need to focus on the imperative of an enlarged access to justice. Those expressions, narrow-minded, unelegant and derogatory — and devoid of any meaning — paid a disservice to our discipline; they missed the key point of the considerable advances of the old ideal of international justice in the contemporary world."[7]

3. General Assessment

11. Not surprisingly, the argument of the respondent State invoking the rule of exhaustion of local remedies *(supra)* did not survive in the circumstances of the present case. After all, *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. Nor did its other argument, invoking the alleged risks of so-called "parallelism", or "concurrent jurisdiction", or "forum shopping", or "fragmentation" of international law, or the like. Such "neologisms", so much *en vogue* in international legal practice in our days, seem devoid of any meaning, besides diverting attention from the crucial point of the *quest for justice* to the false issue of "delimitation" of competences. It is about time to stop referring to so-called "fragmentation" of international law[8]. The current enlargement of access to justice to the *justiciables* is reassuring. International courts and tribunals have a *common mission* to impart justice, which brings their endeavours together,

[7] A. A. Cançado Trindade, "A Century of International Justice and Prospects for the Future", *A Century of International Justice and Prospects for the Future/Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir* (eds. A. A. Cançado Trindade and D. Spielmann), Wolf Legal Publs., 2014, p. 21.

[8] As it is surely not at all a topic for codification or progressive development of international law, it should never have been retained in the agenda of the UN International Law Commission, as it did in 2002-2006. It is, at most, a topic for a university thesis (for an LL.M., rather than a Ph.D. degree).

droit international» ou encore de «prolifération» des tribunaux internationaux —, par lesquels un courant de la doctrine contemporaine, en vogue dans l'hemisphère nord depuis quelques années, tente, sans grand succès, de gagner les nouvelles générations de juristes de notre discipline à l'idée fausse qu'il y aurait lieu de se désintéresser de la quête de justice au profit de prétendus «problèmes» de «délimitation» de compétences.

10. A cet égard, peu de temps avant que la présente instance soit engagée devant la Cour — là encore, il s'agit d'un hasard du calendrier —, j'ai eu l'occasion, dans le cadre des célébrations du centenaire du Palais de la Paix (séminaire de la Cour du 23 septembre 2013), de faire part des réflexions suivantes:

> «La doctrine internationale, aujourd'hui plus lucide, a enfin renoncé aux euphémismes vides de sens qui avaient cours il y a quelques années — je veux parler des prétendus risques de «prolifération» des juridictions internationales, de «fragmentation» du droit international et de «forum shopping» —, qui, en mettant sur le devant de la scène de faux problèmes de délimitation des compétences, détournaient l'attention de l'impératif d'élargir l'accès à la justice. Ces notions, qui procèdent d'une vision étroite, grossière et péjorative et, qui plus est, dénuée de pertinence, ont desservi notre discipline, allant à l'encontre des avancées considérables réalisées en vue de l'idéal de justice internationale que poursuit de longue date notre monde moderne.»[7]

3. Appréciation générale

11. L'argument de l'Etat défendeur fondé sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes *(supra)* n'a, comme de bien entendu, pas résisté à l'examen des circonstances de la présente affaire. Après tout, *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem.* Le défendeur n'a pas eu davantage de succès avec l'autre élément de son argumentation, tenant aux prétendus risques de «parallélisme», de «compétences concurrentes», de «forum shopping», de «fragmentation» du droit international ou autres notions similaires. Ces néologismes, très en vogue dans la pratique juridique internationale moderne, outre qu'ils détournent l'attention de l'objectif crucial de la *quête de justice* au profit du faux problème de la «délimitation» des compétences, me semblent dépourvus de sens. Il est grand temps de cesser de se référer à cette prétendue «fragmentation» du droit international[8]. L'élargissement actuel de l'accès à la

[7] A. A. Cançado Trindade, «A Century of International Justice and Prospects for the Future», *A Century of International Justice and Prospects for the Future/Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir* (A. A. Cançado Trindade et D. Spielmann, dir. publ.), Wolf Legal Publs., 2014, p. 21.

[8] Ce point ne mérite certainement pas de faire l'objet d'une codification ni d'un développement progressif du droit international, et n'aurait donc jamais dû être retenu pour figurer à l'ordre du jour de la Commission du droit international des Nations Unies, comme ce fut le cas entre 2002 et 2006. Tout au plus pourrait-il constituer un sujet de thèse, et encore, plutôt de maîtrise que de doctorat.

in a harmonious way, and well above the zealous so-called "delimitation" of competences, much to the liking of the international legal profession.

12. In the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, the International Court of Justice has put the issue in the right perspective. In the Order it has just adopted today, 3 March 2014, it has pointed out (para. 17) that, one month ago, in its previous Order of 28 January 2014 in the *cas d'espèce*, it had

> "decided not to accede to Australia's request for a stay of the proceedings, considering, *inter alia*, that the dispute before it between Timor-Leste and Australia is sufficiently distinct from the dispute being adjudicated upon by the Arbitral Tribunal in the Timor Sea Treaty Arbitration" *(ibid.)*.

III. Impertinence of Reliance upon Unilateral Acts of States in the Course of International Legal Proceedings

13. In the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, the International Court of Justice has thus rightly discarded the empty and misleading rhetoric of "fragmentation" of international law. The multiplicity in international courts and tribunals simply reflects the way international law has evolved in our times. Yet, turning now to a distinct point, the International Court of Justice has insisted on relying upon unilateral acts of States (such as promise, in the form of assurances or "undertakings"), thus failing, once again, to extract the lessons from its own practice in recent cases.

14. Promises or assurances or "undertakings" have been relied upon in a distinct context, that of diplomatic relations. When they are unduly brought into the domain of international legal procedure, they cannot serve as basis for a decision of the international tribunal at issue, even less so when they ensue from an original act of arbitrariness. The posture of an international tribunal cannot be equated to that of an organ of conciliation. Judicial settlement was conceived as the most perfected means of dispute settlement; if it starts relying upon unilateral acts of States, as basis for the reasoning of the decisions to be rendered, it will undermine its own foundations, and there will be no reason for hope in the improvement of judicial settlement to secure the prevalence of the rule of law.

15. Reliance upon unilateral acts of promise or assurances has been the source of uncertainties and apprehension in the course of international legal proceedings. Suffice it here to recall, for example, that, in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extra-*

justice au profit des justiciables est une évolution tout à fait positive. Les juridictions internationales ont une *mission commune* consistant à rendre la justice, leurs efforts se conjuguant harmonieusement, au-delà de toute préoccupation de «délimitation» de compétence et à la plus grande satisfaction de l'ensemble des juristes internationaux.

12. En la présente espèce, la Cour a suivi la bonne approche. Dans son ordonnance rendue ce jour, elle a rappelé (par. 17) que, dans sa précédente décision du 28 janvier 2014 dans cette même affaire, elle avait

> «décidé de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance, considérant notamment que le différend porté devant elle [était] suffisamment distinct de celui dont connaissait] le tribunal dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor» *(ibid.)*.

III. L'absence de pertinence du recours aux actes unilatéraux d'États dans le cadre des procédures judiciaires internationales

13. En la présente espèce, la Cour a donc écarté, à juste titre, la rhétorique vide de sens et erronée que recouvre l'idée de «fragmentation» du droit international, la multiplicité des juridictions internationales ne faisant que refléter l'évolution moderne du droit international. Toutefois, et j'en viens à un autre point, la Cour a persisté à se fonder sur les actes unilatéraux d'Etats (tels que des promesses prenant la forme d'assurances ou d'«engagements»), omettant en cela, une fois encore, de tirer les enseignements de sa propre expérience dans certaines affaires récentes.

14. Dans un contexte différent, celui des relations diplomatiques, il est bel et bien d'usage de se fonder sur des promesses, assurances ou «engagements». En revanche, lorsque pareils actes unilatéraux sont indûment introduits dans le domaine judiciaire international, ils ne sauraient fonder la décision de la juridiction concernée, ce d'autant moins lorsqu'ils trouvent leur origine dans un comportement arbitraire. Le rôle d'une juridiction internationale ne saurait être assimilé à celui d'un organe de conciliation. La voie judiciaire a été conçue comme le moyen le plus abouti de régler les différends; les motifs des décisions que les juridictions sont appelées à rendre ne sauraient reposer sur des actes unilatéraux d'Etats, au risque de fragiliser les fondements mêmes du règlement judiciaire, et d'exclure tout espoir de progrès en vue de la primauté du droit.

15. Le fait de s'appuyer sur pareilles promesses ou assurances unilatérales au cours de procédures judiciaires internationales s'est révélé source d'incertitudes et d'appréhensions. A titre d'exemple, il suffit ici de rappeler l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre*

dite (Belgium v. *Senegal)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 422), the International Court of Justice, instead of ordering provisional measures of protection, preferred to rely on a pledge on the part of the respondent State. In my separate opinion in the Judgment on the merits of 20 July 2012 in that case, after reiterating my dissent in the Court's Order of 28 May 2009 in the *cas d'espèce*, I recalled (*ibid.*, pp. 515-517, paras. 73-78) all the uncertainties that followed and the apprehension undergone by the Court (which I see no need to reiterate here) for its reliance on assurances.

16. Had the Court ordered the requested provisional measures in that case, this would have saved the Court from those uncertainties which put at greater risk the outcome of the international legal proceedings. As I concluded in my aforementioned separate opinion:

> "Unilateral acts of States — such as, *inter alia*, promise — were conceptualized in the traditional framework of the inter-State relations, so as to extract their legal effects, given the 'decentralization' of the international legal order. Here, in the present case, we are in an entirely distinct context, that of *objective* obligations (. . .). In the ambit of these obligations, a pledge or promise made in the course of legal proceedings before the Court does not remove the prerequisites (of urgency and of probability of irreparable damage) for the indication of provisional measures by the Court." (*Ibid.*, p. 517, para. 79.)

17. In the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, the International Court of Justice, distinctly, has indicated provisional measures, but not in the terms they were requested by Timor-Leste: it has preferred to rely on unilateral assurances or "undertakings" on the part of the State which seized the documents and data at issue. The Court has thus disclosed its unwillingness to learn the lessons to be extracted from its own experience in recent cases. It has preferred, seemingly oblivious of its own authority, to keep on acting as a sort of "diplomatic court", rather than rigorously as a court of law. To my mind, *ex factis jus non oritur*.

18. The aforementioned case of *Hissène Habré*, opposing Belgium to Senegal, is not an isolated illustration of the point I am addressing here. In its recent Order (of 22 November 2013) in the merged cases of *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua)* and of the *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua* v. *Costa Rica)*, the International Court of Justice conceded:

> "The Court (. . .) takes note of the assurances of Nicaragua (. . .) that it considers itself bound not to undertake activities likely to connect any of the two *caños* with the sea and to prevent any person or group of persons from doing so. However, the Court is not convinced

ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (*arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 422), dans laquelle la Cour, choisissant de ne pas indiquer de mesures conservatoires, a préféré se fonder sur une promesse de l'Etat défendeur. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu au fond le 20 juillet 2012 dans cette affaire, après avoir réitéré la teneur de l'opinion dissidente que j'avais jointe à l'ordonnance du 28 mai 2009, j'ai rappelé (*ibid.*, p. 515-517, par. 73-78) toutes les incertitudes qui en avaient résulté, ainsi que les appréhensions auxquelles la Cour avait dû faire face (qu'il ne me semble toutefois pas utile de rappeler ici) par suite de sa décision de se fonder sur des assurances.

16. Si, en la présente espèce, la Cour avait indiqué les mesures conservatoires sollicitées, elle se serait épargné pareilles incertitudes, qui font peser un risque accru sur l'issue des procédures judiciaires internationales. Ainsi que je l'ai indiqué en conclusion de l'opinion individuelle susmentionnée:

> «Compte tenu de la «décentralisation» de l'ordre juridique international, c'est dans le cadre traditionnel des relations interétatiques qu'ont été conceptualisés les actes unilatéraux des Etats — tels que les promesses — et qu'en ont été dégagés les effets juridiques. Or, le contexte de la présente espèce est tout à fait différent, puisque sont en cause des obligations *objectives* ... Au regard de ces obligations, un engagement ou une promesse formulé dans le cadre d'une instance devant la Cour ne fait pas disparaître les conditions requises (relatives au caractère d'urgence et au risque de dommages irréparables) pour l'indication de mesures conservatoires.» (*Ibid.*, p. 517, par. 79.)

17. Et pourtant, en la présente affaire, la Cour a indiqué des mesures conservatoires qui n'étaient pas celles qu'avait sollicitées le Timor-Leste, préférant se fonder sur des assurances ou «engagements» unilatéraux de l'Etat qui avait saisi les documents et données en cause. Ce choix révèle qu'elle n'est pas prête à tirer les enseignements de sa propre expérience acquise dans le cadre d'affaires récentes dont elle a eu à connaître. Oubliant elle-même, semble-t-il, l'autorité qui est la sienne, elle persiste à agir comme une «cour diplomatique» et non strictement comme une cour de justice. A mon sens, *ex factis jus non oritur*.

18. L'affaire *Hissène Habré* susmentionnée, qui opposait la Belgique au Sénégal, n'en est pas la seule illustration. Dans l'ordonnance qu'elle a récemment rendue (le 22 novembre 2013) dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, dont les instances ont été jointes, la Cour a dit ceci:

> «La Cour prend ... note des assurances du Nicaragua ... à savoir qu'il s'estimait tenu de ne pas entreprendre d'activités tendant à relier l'un ou l'autre de ces deux *caños* à la mer, et d'empêcher toutes personnes ou tous groupes de personnes d'entreprendre de telles acti-

> that these instructions and assurances remove the imminent risk of irreparable prejudice, since, as Nicaragua recognized, persons under its jurisdiction have engaged in activities in the disputed territory, namely, the construction of the two new *caños*, which are inconsistent with the Court's Order of 8 March 2011." (*I.C.J. Reports 2013*, pp. 366-367, para. 50.)

19. In my separate opinion appended to the Court's more recent Order of 22 November 2013, I again made the point of the need to devote greater attention to the *legal nature* of provisional measures of protection, and their *legal effects*, particularly those endowed with a *conventional* basis such as the provisional measures ordered by the International Court of Justice (*ibid.*, p. 359, paras. 22-23 and p. 360, paras. 27-28). Only in this way they will contribute to the progressive development of international law. Persistent reliance on unilateral "undertakings" or assurances or promises formulated in the context of provisional measures in no way contributes to the proper understanding of the expanding legal institute of provisional measures of protection in contemporary international law.

20. Expert writing on unilateral acts of States has been very careful to avoid the pitfalls of "contractual" theories in international law, as well as the dangers of unfettered State voluntarism underlying unilateralist manifestations in the decentralized international legal order. Unilateral acts, as manifestations of a subject of international law to which this latter may attach certain consequences, do not pass without qualifications. Proposed enumerations of unilateral acts in international law have not purported to be exhaustive[9], or conclusive as to their legal effects. It is not surprising to find that expert writing on the matter has thus endeavoured to single out those unilateral acts to which legal effects can be ascribed[10] — and all this in the domain of diplomatic relations, but *certainly not in the realm of international legal procedure*.

---

[9] J. Dehaussy, "Les actes juridiques unilatéraux en droit international public: à propos d'une théorie restrictive", 92 *Journal du droit international*, Clunet (1965), pp. 55-56, and cf. p. 63; and cf. also, generally, A. Miaja de la Muela, "Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales", 20 *Revista Española de Derecho Internacional* (1967), pp. 456-459; J. Charpentier, "Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 367-380.

[10] Cf., in particular, Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 1-271; K. Skubiszewski, "Les actes unilatéraux des Etats", *Droit international — Bilan et perspectives* (ed. M. Bedjaoui), Vol. 1, Paris, Pedone, 1991, pp. 231-250; G. Venturini, "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats", 112 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1964), pp. 63-467. And cf. also: A. P. Rubin, "The International Legal Effects of Unilateral Declarations", 71 *American Journal of International Law* (1977), pp. 1-30; C. Chinkin, "A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations between States", 10 *Leiden Journal of International Law* (1997), pp. 223-247.

vités. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue que ces instructions et assurances soient suffisantes pour écarter tout risque imminent de préjudice irréparable, étant donné que le Nicaragua a reconnu que des personnes relevant de sa juridiction avaient entrepris dans le territoire litigieux des activités contraires à l'ordonnance du 8 mars 2011, à savoir la construction des deux nouveaux *caños.*» (*C.I.J. Recueil 2013*, p. 366-367, par. 50.)

19. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cette ordonnance du 22 novembre 2013, j'ai une nouvelle fois souligné la nécessité d'accorder une attention accrue à la *nature juridique* des mesures conservatoires ainsi qu'à leurs *effets juridiques*, notamment lorsqu'il y est conféré une base *conventionnelle*, comme c'est le cas des mesures conservatoires indiquées par la Cour (*ibid.*, p. 359, par. 22-23, et p. 360, par. 27-28). Ce n'est qu'ainsi qu'elles contribueront au développement progressif du droit international. Le fait de persister à se fonder sur des promesses, assurances ou «engagements» unilatéraux formulés dans le cadre d'une procédure relative à des mesures conservatoires ne contribue nullement à bien appréhender le rôle juridique croissant que pareilles mesures jouent en droit international contemporain.

20. Dans la doctrine relative aux actes unilatéraux des Etats, les auteurs ont pris le plus grand soin d'éviter les pièges des théories «contractuelles» du droit international, ainsi que les dangers que présente le volontarisme étatique sans entrave qui sous-tend les manifestations unilatérales dans l'ordre juridique international décentralisé. Les actes unilatéraux, qui constituent des manifestations de la volonté d'un sujet de droit international, auxquelles celui-ci peut attribuer certaines conséquences, ne sauraient être admis de manière inconditionnelle. Les énumérations des actes unilatéraux proposées en droit international ne prétendent pas être exhaustives[9], ni concluantes quant à leurs effets juridiques. A cet égard, il n'est guère surprenant que la doctrine sur la question se soit employée à préciser quels étaient ceux auxquels pouvaient être conférés des effets juridiques[10]; il n'en est ainsi que dans le domaine des relations diplomatiques, *certainement pas dans le domaine judiciaire international.*

[9] J. Dehaussy, «Les actes unilatéraux en droit international public: à propos d'une théorie restrictive», *Journal du droit international*, vol. 92, Clunet, 1965, p. 55-56, et voir p. 63; voir également, de manière générale, A. Miaja de la Muela, «Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 20, 1967, p. 456-459; J. Charpentier, «Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences», *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (J. Makarczyk, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1996, p. 367-380.

[10] Voir, en particulier, Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 1-271; K. Skubiszewski, «Les actes unilatéraux des Etats», *Droit international — Bilan et perspectives* (M. Bedjaoui, dir. publ.), vol. 1, Paris, Pedone, 1991, p. 231-250; G. Venturini, «La portée des effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1964), vol. 112, p. 63-467. Voir également A. P. Rubin, «The International Legal Effects of Unilateral Declarations», *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, p. 1-30; C. Chinkin, «A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations between States», *Leiden Journal of International Law*, vol. 10, 1997, p. 223-247.

21. Other contemporary international tribunals have likewise been faced with uncertainties and apprehension deriving from unilateral assurances by contending parties. For example, in its judgment (of 17 January 2012) in the case of *Othman (Abu Qatada)* v. *United Kingdom*, the European Court of Human Rights (ECtHR — Fourth Section) took account of the expressions of "grave concern" as to diplomatic assurances, manifested in the course of the legal proceedings (para. 175): first, such assurances "were unable to detect abuse"; secondly, "the monitoring regimes provided for by assurances were unsatisfactory"; thirdly, "frequently local monitors lacked the necessary independence"; and fourthly, "assurances also suffered from a lack of incentives to reveal breaches" (paras. 176-179). States, in their relations with each other, can take into account diplomatic assurances, and extract consequences therefrom. International tribunals, for their part, are not bound to base their decisions (on provisional measures or others) on diplomatic assurances: they are bound to identify the applicable law, to interpret and apply it, in sum, to say what the law is *(juris dictio)*.

22. International legal procedure has a logic of its own, which is not to be equated with that of diplomatic relations. International legal procedure is not properly served with the insistence on reliance on unilateral acts proper of diplomatic relations — even less so in face of the perceived need of assertion that *ex injuria jus non oritur*. Even if an international tribunal takes note of unilateral acts of States, it is not to take such acts as the basis for the reasoning of its own decisions.

23. In this connection, may I recall that, in the course of the advisory proceedings of the International Court of Justice concerning the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 403), a couple of participants invoked the principle *ex injuria jus non oritur*. In my separate opinion appended to the Court's Advisory Opinion, I asserted that "[a]ccording to a well-established general principle of international law, a wrongful act cannot become a source of advantages, benefits or else rights for the wrongdoer: *ex injuria jus non oritur*" (*ibid.*, p. 576, para. 132).

24. After considering the application of this principle in the factual context of the matter then before the International Court of Justice (*ibid.*, p. 577, paras. 133-135), I added:

> "This general principle, well-established as it is, has at times been counterbalanced by the maxim *ex factis jus oritur*. (. . .) In the conceptual universe of international law, as of law in general, one is in the domain of *Sollen*, not of *Sein*, or at least in that of the tension between *Sollen* and *Sein*. (. . .)
>
> [T]he maxim *ex factis jus oritur* does not amount to a *carte blanche*, as law plays its role also in the emergence of rights out of the

21. D'autres juridictions internationales contemporaines se sont, elles aussi, trouvées confrontées à des incertitudes et appréhensions dues à des assurances unilatérales données par des parties à un litige. Ainsi, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 17 janvier 2012 en l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section) a pris en compte les «graves préoccupations» exprimées au cours de la procédure à l'égard des assurances diplomatiques (par. 175), à savoir, premièrement, que celles-ci ne «permett[aient] pas de déceler les mauvais traitements», deuxièmement, que «les systèmes de contrôle prévus par les assurances n'[étaient] pas satisfaisants», troisièmement, que «les agents de contrôle locaux ne présent[aient] souvent pas l'indépendance requise» et, quatrièmement, que «les assurances n'incit[aient] pas à révéler les violations» (par. 176-179). Les Etats, dans leurs relations mutuelles, peuvent prendre en considération des assurances diplomatiques et en tirer des conséquences. En revanche, les juridictions internationales n'ont pas à fonder leurs décisions (en matière de mesures conservatoires ou autres) sur pareilles assurances; elles sont tenues de définir le droit applicable, de l'interpréter et de l'appliquer — en somme, de dire le droit (*juris dictio*).

22. Le règlement judiciaire d'un différend international a une logique propre, qui ne saurait être assimilée à celle des relations diplomatiques. Persister à se fonder sur des actes unilatéraux propres aux relations diplomatiques ne sert pas le règlement judiciaire des différends internationaux, ce d'autant moins qu'il paraît nécessaire de réaffirmer la maxime *ex injuria jus non oritur*. Même si une juridiction internationale peut prendre note de certains actes unilatéraux d'Etats, elle ne saurait fonder sur eux le raisonnement qui sous-tend sa décision.

23. Je rappellerai à cet égard que, au cours de la procédure consultative relative à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 403), un petit nombre de participants avait invoqué le principe *ex injuria jus non oritur*. Dans mon opinion individuelle jointe à cet avis, j'ai précisé que, «[s]elon un principe général bien établi du droit international, un acte illicite ne p[ouvait] pas devenir source d'avantages, de profits ou d'autres droits pour son auteur: *ex injuria jus non oritur*» (*ibid.*, p. 576, par. 132).

24. Après avoir examiné l'application de ce principe dans le contexte factuel de ladite procédure (*ibid.*, p. 577, par. 133-135), j'ai fait observer ce qui suit:

> «A ce principe général, si bien établi soit-il, est parfois opposée la maxime *ex factis jus oritur*. ... Dans l'univers théorique du droit international, comme du droit en général, on se trouve dans le domaine du *Sollen* et non pas du *Sein*, ou du moins dans la tension entre le *Sollen* et le *Sein* ...
>
> [L]'adage *ex factis jus oritur* n'équivaut pas à une carte blanche, car le droit joue également son rôle dans la création de droits en

tension between *Sollen* and *Sein*." (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 577-578, paras. 136-137.)

25. In effect, to allow unilateral acts to be performed (in the course of international legal proceedings), irrespectively of their discretionary — if not arbitrary — character, and to accept subsequent assurances or "undertakings" ensuing therefrom, is to pave the way to uncertainties and unpredictability, to the possibility of creation of *faits accomplis* to one's own advantage and to the other party's disadvantage. The certainty of the application of the law would be reduced to a mere probability. As the lucid writer Machado de Assis remarked in the nineteenth century:

> "Se esse mundo não fosse uma região de espíritos desatentos, era escusado lembrar ao leitor que eu só afirmo certas leis quando as possuo deveras; em relação a outras restrinjo-me à admissão da probabilidade."[11]

IV. *Ex Conscientia Jus Oritur*

26. Already in the late forties — at a time when international legal doctrine was far more cultivated than it seems to be nowadays — it was observed that modern international law was not prepared to admit that that "void and unlawful acts can be arbitrarily validated"[12]. In effect — as pointed out one decade earlier, in the late thirties — even if international law finds itself in the presence "of acts, undertakings and situations which falsely claim to give rise to rights", such acts, undertakings and situations

> "are void (. . .), for the reason that, deriving from an unlawful act, they cannot produce beneficial results for the guilty party. *Ex injuria jus non oritur* is a general principle of international law (. . .) [T]he essence of the law, that is to say (. . .) the legal effectiveness and validity of one's obligations, cannot be affected by individual unlawful acts."[13]

27. No State is entitled to itself rely upon an arbitrary act in order to vindicate what it regards as a right of its own, ensuing therefrom. May I further recall, in this respect, that, in the past, a trend of legal doctrine —

---

[11] Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas* [1881]: "If this world were not a region of unattentive spirits, there would be no need to remind the reader that I only affirm certain laws when I truly possess them; in relation to others I limit myself to the admission of the probability." *[My own translation.]*

[12] P. Guggenheim, "La validité et la nullité des actes juridiques internationaux", 74 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1949), pp. 230-233, and cf. pp. 226-227 *[translation by the Registry]*.

[13] H. Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", 62 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1937), pp. 287-288 *[translation by the Registry]*.

conséquence de la tension entre le *Sollen* et le *Sein*...» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 577-578, par. 136-137.)

25. De fait, autoriser que soient effectués des actes unilatéraux (dans le cadre d'une procédure judiciaire internationale), sans tenir compte de leur caractère discrétionnaire — sinon arbitraire —, et faire droit aux assurances ou «engagements» qui en découlent revient à ouvrir la voie aux incertitudes et à l'imprévisibilité, ainsi qu'à créer des faits accomplis, et ce, au profit exclusif de l'auteur de ces actes et au détriment de la partie adverse. En pareille hypothèse, l'application du droit se trouve réduite à une simple probabilité. Ainsi que l'observait avec beaucoup de pertinence Machado de Assis au XIX[e] siècle:

> «Se esse mundo não fosse uma região de espíritos desatentos, era escusado lembrar ao leitor que eu só afirmo certas leis quando as possuo deveras; em relação a outras restrinjo-me à admissão da probabilidade.»[11]

IV. *Ex conscientia jus oritur*

26. Dès la fin des années quarante — époque où la doctrine juridique internationale était, semble-t-il, bien plus éclairée qu'aujourd'hui —, il a été observé que le droit international moderne n'était pas prêt à admettre «la légère validation d'actes nuls et illicites»[12]. C'est qu'en effet, ainsi que cela avait été souligné une dizaine d'années auparavant, à la fin des années trente, même si le droit international se trouve en présence «d'actes, d'engagements et de situations qui se prétendent à tort créateurs de droit», ces actes, engagements et situations

> «sont nuls ..., pour la raison que, tirant origine d'un acte illégal, ils ne sauraient produire de résultats avantageux pour le coupable. *Ex injuria jus non oritur* est un principe général de droit. ... [L]'essence du droit, c'est-à-dire ... l'efficacité juridique et la validité de ses obligations, ne peuvent être affectées par des actes individuels d'illégalité.»[13]

27. Les Etats ne sauraient se fonder sur un acte arbitraire pour faire valoir ce qu'ils considèrent comme un droit qui leur est propre. Je rappellerai à cet égard que, par le passé, un courant de la doctrine juridique

---

[11] Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881): «Si notre monde n'était peuplé d'esprits inattentifs, point ne serait besoin de rappeler au lecteur que je n'affirme que les lois que je possède réellement; pour ce qui est des autres, je me contente d'en reconnaître la probabilité.»

[12] P. Guggenheim, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1949), vol. 74, p. 230-233, et voir p. 226-227.

[13] H. Lauterpacht, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1937), vol. 62, p. 287-288.

favoured by so-called "realists" — attempted to deprive some of the strength of the general principle *ex injuria jus non oritur* by invoking the maxim *ex factis jus oritur*. In doing so, it confused the validity of norms with the required coercion (at times missing in the international legal order) to implement them. The validity of norms is not dependent on coercion (for implementation); they are binding as such (objective obligations).

28. The maxim *ex factis jus oritur* wrongfully attributes to facts law-creating effects which facts *per se* cannot generate. Not surprisingly, the *"fait accompli"* is very much to the liking of those who feel strong or powerful enough to try to impose their will upon others. It so happens that contemporary international law is grounded on some fundamental general principles, such as the principle of the *juridical equality of States*, which points in the opposite direction. Factual inequalities between States are immaterial, as all States are juridically equal, with all the consequences ensuing therefrom. Definitively, *ex factis jus non oritur*. Human values and the idea of objective justice stand above facts. *Ex conscientia jus oritur*.

V. The Question of the Ownership of the Seized Documents and Data

29. Another issue, addressed by the contending Parties in the course of the present proceedings, was that of the ownership of the documents and data seized by Australia. From the start, Timor-Leste asserted, in its oral arguments, that the present case "is one in which Timor-Leste is complaining of the seizure of its property and is seeking the recovery of the documents that were held on its behalf by Mr. B. Collaery"[14]. Counsel for Timor-Leste then stated that its lawyer (Mr. Collaery), through his office,

> "conducts his legal activities covering a number of matters for the Government of Timor-Leste, as well as for other clients. In that office, Mr. Collaery regularly keeps, on behalf of the Government of Timor-Leste, many confidential documents relating to the international legal affairs of Timor-Leste. Some cover such very important and delicate matters as the negotiations between the two countries regarding access to the maritime resources of the Timor Sea."[15]

30. The applicant State then asserted that it was clear that among the documents and data seized

> "were many files relating to matters on which Mr. Collaery's office was working on behalf of the Government of Timor-Leste. All these

[14] CR 2014/1, of 20 January 2014, p. 24, para. 16.
[15] *Ibid.*, p. 19, para. 8.

emmené par les prétendus «réalistes» a tenté de vider le principe général *ex injuria jus non oritur* d'une partie de sa substance en invoquant la maxime *ex factis jus oritur*. Cela revenait à confondre la validité des normes et la coercition requise pour les appliquer (qui, parfois, fait défaut dans l'ordre juridique international). Or, la validité des normes ne dépend pas de la coercition (visant à les appliquer); ces normes sont contraignantes en tant que telles (il s'agit d'obligations objectives).

28. La maxime *ex factis jus oritur* attribue indûment aux faits des effets en matière de création de droit, que les faits en tant que tels ne sauraient avoir. Dès lors, il n'est guère surprenant que le «fait accompli» soit si prisé par ceux qui se sentent suffisamment forts ou puissants pour essayer d'imposer leur volonté aux autres. Or, il se trouve que le droit international contemporain repose sur certains principes généraux fondamentaux, tels que celui de *l'égalité juridique des Etats*, qui vont à rebours de cette approche. Les inégalités de fait entre Etats sont sans pertinence, puisque les Etats sont juridiquement égaux, avec toutes les conséquences que cela implique. Définitivement, *ex factis jus non oritur*. Les valeurs humaines et l'idée d'une justice objective l'emportent sur les faits. *Ex conscientia jus oritur*.

V. La question de la propriété des documents et données saisis

29. Une autre question, soulevée par les Parties au cours de la présente procédure, est celle de la propriété des documents et données saisis par l'Australie. Dès le début de ses plaidoiries, le Timor-Leste a affirmé que, par la présente instance, «[il] entend[ait] dénoncer la saisie de ses biens et obtenir la restitution des documents qui étaient conservés pour son compte par M. B. Collaery»[14]. Par ailleurs, selon le conseil du Timor-Leste, M. Collaery, le conseiller juridique de cet Etat,

> «mène, avec son cabinet, des activités juridiques touchant à diverses questions pour le compte du Gouvernement du Timor-Leste, ainsi que pour d'autres clients. M. Collaery conserve régulièrement dans ses locaux professionnels, pour le compte du Timor-Leste, de nombreux documents confidentiels se rapportant aux affaires juridiques internationales de ce pays, parmi lesquels certains ont trait à des questions très importantes et sensibles, telles que les négociations entre les deux pays au sujet de l'accès aux ressources maritimes de la mer du Timor.»[15]

30. L'Etat demandeur a ensuite affirmé que, parmi les documents et données saisis, figuraient manifestement

> «de nombreux dossiers relatifs aux questions sur lesquelles travaillait le cabinet de M. Collaery pour le compte du Gouvernement timorais,

[14] CR 2014/1, 20 janvier 2014, p. 24, par. 16.
[15] *Ibid.*, p. 19, par. 8.

files are thus the property of the Government of Timor-Leste and were held as such by Mr. Collaery in the course of his duties on behalf of the Government of Timor-Leste. [T]he client — in this case the Government — has proprietary ownership of documents that have been brought into existence, or received, by a lawyer acting as agent on behalf of the client, or that have been prepared for the benefit of the client and at the client's expense, such as, letters of advice, memoranda and briefs to counsel."[16]

31. For its part, Australia preferred not to dwell upon the issue of the ownership of the seized documents and data. It argued that:

"Questions of ownership cannot be answered in the absence of a proper examination of the documents in question. That examination has not occurred because we have not inspected the documents. We therefore cannot accept the proposition that the documents are necessarily the property of Timor-Leste, nor can we put before you a full submission on where ownership might lie."[17]

32. Timor-Leste insisted on its position, affirming categorically that "documents in the hands of lawyers on behalf of their clients belong to the clients, in this case, Timor-Leste. That applies to most of the items seized"[18]. From the aforementioned, it is clear that Australia did not clarify its position as to who owns the seized documents and data, having preferred not to respond to Timor-Leste's arguments that those documents and data are its property. This is another point to be kept in mind, in the proper consideration of the requested provisional measures in the *cas d'espèce*.

VI. The Relevance of General Principles of International Law

33. In the course of the public sitting of the Court on 21 January 2014, I deemed it fit to put the following question to both contending Parties, Timor-Leste and Australia:

"What is the impact of a State's measures of alleged national security upon the conduction of arbitral proceedings between the Parties? In particular, what is the effect or impact of seizure of documents and data, in the circumstances of the present case, upon the settlement of an international dispute by negotiation and arbitration?"[19]

[16] CR 2014/1, of 20 January 2014, p. 21, para. 11.
[17] CR 2014/4, of 22 January 2014, p. 19, para. 42.
[18] CR 2014/3, of 22 January 2014, p. 19, para. 33.
[19] CR 2014/2, of 21 January 2014, p. 48.

> Ces dossiers appartiennent donc tous à ce gouvernement et étaient conservés comme tels par M. Collaery dans le cadre des fonctions qu'il exerce pour le compte dudit gouvernement. [L]e client (ici, le gouvernement) est propriétaire des documents établis ou reçus par un avocat agissant pour son compte en qualité de mandataire, ou qui ont été établis dans l'intérêt du client et aux frais de celui-ci, tels que les avis, mémorandums et mandats.»[16]

31. L'Australie, quant à elle, choisissant de ne pas se prononcer sur la question de la propriété des documents et données saisis, a déclaré ceci:

> «Nul ne saurait répondre à cette question sans un examen en règle des documents en cause. Or nous n'avons pu procéder à un tel examen faute d'en avoir pris connaissance. Nous ne saurions donc admettre l'affirmation selon laquelle ces documents appartiennent nécessairement au Timor-Leste, mais ne sommes pas non plus en mesure de vous indiquer avec certitude qui en est effectivement propriétaire.»[17]

32. Le Timor-Leste a maintenu sa position, en affirmant, de manière catégorique, que «les documents confiés à un conseil par son client appartiennent à ce dernier, en l'espèce au Timor-Leste [et que] [c]ela vaut pour la plupart des éléments saisis»[18]. Il apparaît clairement, au vu de ce qui précède, que l'Australie n'a nullement précisé sa position quant à la question de la propriété des documents et données saisis, choisissant de ne pas répondre aux arguments avancés par le Timor-Leste pour démontrer que lesdits éléments lui appartiennent. Aux fins d'examiner comme il se devait les mesures conservatoires sollicitées dans le cas d'espèce, ce point devait également être pris en considération.

VI. La pertinence des principes généraux du droit international

33. A l'audience du 21 janvier 2014, j'ai estimé utile de poser aux deux Parties la question suivante:

> «Quel est l'impact des mesures prises par un Etat invoquant la sécurité nationale sur le déroulement de la procédure arbitrale entre les Parties? Quel est, en particulier, l'effet ou l'impact de la saisie de documents et données, dans les circonstances de l'espèce, sur le règlement d'un différend international par voie de négociation et d'arbitrage?»[19]

[16] CR 2014/1, 20 janvier 2014, p. 21, par. 11.
[17] CR 2014/4, 22 janvier 2014, p. 19, par. 42.
[18] CR 2014/3, 22 janvier 2014, p. 19, par. 33.
[19] CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 48.

1. Responses of the Parties to a Question from the Bench

34. In his prompt answer to my question, counsel for Timor-Leste, remarking that he would try to respond to it "both as a matter of principle, and as it applies to this case", stated that:

> "States should refrain from allowing national interests, including national security interests — important though they may be — adversely to affect international proceedings between sovereign States, and the ability of sovereign States to obtain legal advice. Nothing should be done which would infringe the principles of the sovereign equality of States, non-intervention, and the peaceful settlement of disputes, provided for in Article 2.3 of the United Nations Charter. These are at the core of the international legal order as reflected in the Charter and other key documents, such as the [1970 Declaration on Principles of International Law concerning] Friendly Relations Declaration[20].
>
> Applying this to the case in hand, we look to the Court to ensure that Australia does not secure unfair advantage, either in the context of litigation or (. . .) in the context of the Timor Sea.
>
> Both Parties seem to agree that legal privilege is a general principle of law, and is not without limitations, but the Parties seem to disagree on the scope of these limitations. In response to Judge Cançado Trindade's question, I would point to the difference between such limitations under domestic law, as argued for by Australia, and limitations under international law. The domestic limitations argued for by Australia should not apply when a sovereign State seeks legal advice. Australia is not entitled to restrict Timor-Leste's ability freely to communicate with its lawyers. There is no limit on immunity in respect of diplomatic documents on Australian soil; [and] there is no reason of principle why the same should not apply to a State's claim to privilege in respect of legal advice.
>
> In any case, any assertion of limitation to privilege should not hinder Timor-Leste's preparations for international proceedings or negotiations. This principle was expressly recognized in the *Libananco* case[21]. Contrary to what Mr. Burmester said yesterday[22], recognition of this principle should not preclude Australia from continuing any

[20] UN doc. A/RES/25/2625, Declaration on Principles in International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, of 24 October 1970.

[21] *Case Libananco Holdings Co. Ltd.* v. *Turkey*, ICSID case ARB/06/8, decision on preliminary issues, of 23 June 2008, p. 42, para. 2.

[22] Cf. CR 2014/2, of 21 January 2014, p. 32, para. 17.

1 Réponses des Parties à une question d'un membre de la Cour

34. Le conseil du Timor-Leste a précisé qu'il tenterait de répondre à ma question «tant en principe que dans le contexte de l'espèce», et affirmé ceci :

> «Les Etats devraient s'abstenir de laisser leurs intérêts nationaux, y compris ceux se rapportant à la sécurité nationale — aussi importants soient-ils — avoir un effet négatif sur une procédure internationale entre des Etats souverains et sur la faculté de tels Etats d'obtenir des conseils juridiques. Nulle action ne doit porter atteinte aux principes de l'égalité souveraine des Etats, de la non-intervention et du règlement pacifique des différends, qui sont au cœur de l'ordre juridique international reflété dans la Charte et d'autres documents essentiels, comme la déclaration [de 1970] relative aux principes du droit international touchant les relations amicales[20].
>
> Appliquant ces principes à la présente affaire, nous en appelons à la Cour pour faire en sorte que l'Australie n'obtienne pas d'avantages indus, que ce soit dans le contexte d'une procédure ou en ce qui concerne des négociations éventuelles sur la frontière maritime.
>
> Si les deux Parties paraissent s'accorder à penser que la confidentialité des communications entre un conseil et son client est un principe général de droit et qu'elle n'est pas sans limites, elles semblent ne pas s'entendre sur la portée de ces limites. Pour répondre à la question posée par M. le juge Cançado Trindade, j'appelle votre attention sur la différence existant entre les limites prévues par le droit interne, dont l'Australie veut l'application, et celles prévues par le droit international. Les limites internes défendues par l'Australie ne devraient pas s'appliquer lorsqu'un Etat souverain cherche à obtenir un conseil juridique. L'Australie n'a pas le droit de restreindre la faculté du Timor-Leste de communiquer librement avec ses conseils pour des raisons qui s'avèrent de nature purement interne. Il n'existe pas de limite à l'immunité reconnue aux documents diplomatiques se trouvant sur le sol australien; il n'existe aucune raison de principe justifiant de ne pas appliquer cette règle à la revendication, par un Etat, de la confidentialité de ses communications avec son conseil.
>
> En tout état de cause, le fait que l'existence d'une limite à cette confidentialité soit alléguée ne doit pas gêner le Timor-Leste dans sa préparation d'une procédure ou de négociations internationales. Ce principe a été expressément reconnu dans l'affaire *Libananco*[21]. Contrairement à ce que M. Burmester a dit hier[22], la reconnaissance

[20] Nations Unies, doc. A/RES/25/2625, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970.

[21] Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Libananco Holdings Co. Ltd. c. Turquie*, ARB/06/8, décision sur les questions préliminaires, 23 juin 2008, p. 42, par. 2.

[22] Voir CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 32, par. 17.

criminal investigation; it would just ensure that Timor-Leste's documents remain notwithstanding that process.

Mr. Campbell began by asking you to keep in mind the alleged general principles applying to provisional measures set out in Australia's written observations. (. . .) [W]e do not regard as convincing what they had to say on these matters. The written observations take a very restrictive view of provisional measures. Yet the institution of provisional measures is essential to the judicial process. Its importance is increasingly recognized by international courts and tribunals." (Paras. 3-7.)[23]

35. For his part, in his response to my question, counsel for Australia, like that of Timor-Leste *(supra)*, began by saying that he would endeavour to answer "first at the level of principle and then at the level of application"; and then he added that:

"At the level of principle, we would accept that, if a State engages in arbitration with another State, and finds it necessary to take measures of national security which may bear on the arbitration, the State should, as a matter of prudence, if not strict law, take such steps as are reasonable to limit the impact of national security measures on the arbitration. We accept, as was put this morning, that to do otherwise would interfere with arbitration as a peaceful method of resolving inter-State disputes. I emphasize, the principle is qualified by reasonableness. The circumstances may not always provide a perfect accommodation between the two interests in conflict and a State could not be asked absolutely to put on hold measures of national security merely because it is brought to arbitration." (CR 2014/4, pp. 8-9, para. 4.)

36. This was the "general answer"; moving then to the "specific answer", counsel for Australia proceeded:

"[I]n the present case the measures of national security will have no

[23] Counsel for Timor-Leste added:

"Of course, like any judicial process it can be abused, but courts know how to deal with that. [W]e reject any insinuation by Australia that Timor-Leste is acting abusively in seeking provisional measures. In particular, we reject the unworthy suggestion by Professor Crawford that Timor-Leste is using these proceedings 'to skirt around the confidentiality provisions and maximise the opportunity for publicity and comment prejudicial to Australia'. We are not." (CR 2014/3, of 22 January 2014, pp. 12-14.)

And, for Australia's argument, cf. CR 2014/2, of 21 January 2014, p. 39, para. 8.

de ce principe ne doit pas empêcher l'Australie de poursuivre une enquête judiciaire, mais garantit simplement l'inviolabilité des documents du Timor-Leste, nonobstant cette enquête.

M. Campbell a commencé par vous demander de garder à l'esprit les principes généraux censés s'appliquer à l'indication de mesures conservatoires, tels qu'ils sont exposés dans les observations écrites de l'Australie. ... [N]ous ne jugeons pas convaincants les propos de la Partie adverse à ce sujet. Dans ses observations écrites, l'Australie adopte une vision très restrictive des mesures conservatoires. Pourtant, celles-ci sont essentielles au processus judiciaire et leur importance est reconnue de plus en plus souvent par les cours et tribunaux internationaux.» (Par. 3-7.)[23]

35. Dans sa réponse à ma question, le conseil de l'Australie a commencé par indiquer, à l'instar de celui du Timor-Leste (*supra*), qu'il s'efforcerait de répondre «en [s]e plaçant tout d'abord d'un point de vue théorique, puis sur un plan pratique», avant de poursuivre ainsi:

«Sur le principe, nous admettons qu'un Etat qui estime nécessaire de prendre des mesures de sécurité nationale susceptibles d'avoir des effets sur une procédure arbitrale l'opposant à un autre Etat doive, par souci de prudence sinon par stricte nécessité juridique, mettre en œuvre les moyens raisonnables de limiter de tels effets. Nous acceptons ce qui a été dit ce matin, à savoir que, à défaut, le déroulement de la procédure arbitrale en tant que mode de règlement pacifique des différends interétatiques pourrait s'en trouver perturbé. J'insiste toutefois sur la notion de raisonnable qui vient nuancer cette approche théorique. Les circonstances ne permettent pas toujours de concilier parfaitement les deux intérêts antagonistes, et l'on ne saurait enjoindre à un Etat de suspendre purement et simplement des mesures de sécurité nationale au seul motif qu'il est partie à une procédure arbitrale.» (CR 2014/4, pp. 8-9, par. 4.)

36. Telle était donc la «réponse générale». S'intéressant ensuite au «contexte propre au cas d'espèce», le conseil de l'Australie a exposé ce qui suit:

«[En la présente] espèce, en revanche, nous affirmons que les

[23] Le conseil du Timor-Leste a ensuite précisé:

«Bien évidemment, comme dans tout processus judiciaire, il peut y avoir des abus, mais les juridictions savent comment traiter ce genre de situation. Nous rejetons tout propos de l'Australie laissant entendre que, en demandant l'indication de mesures conservatoires, le Timor-Leste abuse de cette procédure. Plus précisément, nous rejetons l'allégation indigne de M. Crawford, selon laquelle le Timor-Leste utilise cette procédure «pour tourner les dispositions en matière de confidentialité et profiter pleinement de l'occasion pour faire une mauvaise publicité à l'Australie et la dénigrer». Ce n'est pas le cas.» (CR 2014/3, 22 janvier 2014, p. 12-14.)

Pour les arguments de l'Australie, voir CR 2014/2, 21 janvier 2014, p. 39, par. 8.

> adverse impact on the Arbitration — for three reasons. Firstly, Timor-Leste's counsel in the Arbitration, on 5 December [2013], accepted they have copies of the key removed documents, including an affidavit from the person they describe as 'Witness K' which they have lodged with the PCA. No case of disadvantage has been made before you. Second[ly], the Attorney-General acted reasonably from the outset — from the Ministerial Statement of 4 December [2013], supplemented by undertakings — to ensure there would be no illegitimate advantage to Australia by way of documents being made available to the legal team in the Arbitration. Wisely, with hindsight, he anticipated this problem might arise and he acted in advance to prevent it. The third part of the practical answer is that there is not a skerrick of evidence pointed to by Timor-Leste to suggest the undertakings have not been honoured to date or will not be honoured in the future. (. . .) [T]he documents have been kept under seal (. . .).
>
> Timor-Leste has the documents it needs for the Arbitration; it has adequate undertakings to protect the integrity of the Arbitration; and the undertakings are being honoured." (CR 2014/4, paras. 5-6.)

2. General Assessment

37. In sum, and as pointed out by the International Court of Justice in the present Order, Australia has clearly relied on its solemn "undertakings" that the documents of Timor-Leste's legal adviser that it has seized in Canberra will be kept sealed and inaccessible, safeguarding their confidentiality, so as not to be used to the disadvantage of Timor-Leste in the proceedings of the Timor Sea Treaty Arbitral Tribunal (Order, paras. 35-39). Timor-Leste, in turn, has challenged such arguments (*ibid.*, paras. 40-41), and has held that it seeks to protect the ownership and property rights it holds over the seized material (inviolability and immunity of its property) as a sovereign State (*ibid.*, para. 24), and has added that the seized documents and data concern its position on matters pertaining to the Timor Sea Treaty Arbitration and in the context of future negotiations; such matters, it has added, are "crucial to the future of Timor-Leste as a State and to the well-being of its people" (*ibid.*, para. 33).

38. Arguments of alleged "national security", such as raised by Australia in the *cas d'espèce*, cannot be made the concern of an international tribunal, in a case like the present one. The Court has before itself general principles of international law *(supra)*, and cannot be obfuscated by allegations of "national security", which fall outside the scope of the appli-

mesures de sécurité nationale n'auront pas d'incidence négative sur l'arbitrage, et ce, pour trois raisons. Premièrement, le conseil représentant le Timor-Leste dans le cadre de la procédure arbitrale a reconnu, le 5 décembre [2013], que son équipe était en possession de copies des principaux documents saisis, notamment de la déclaration sous serment du «témoin K», laquelle a été déposée auprès de la CPA. Le Timor-Leste n'a pas démontré qu'il aurait subi un désavantage. Deuxièmement, l'*Attorney-General* a pris, dès le début, des mesures raisonnables — avec sa déclaration ministérielle du 4 décembre [2013], complétée par ses engagements —, pour éviter que l'équipe juridique chargée de représenter l'Australie dans le cadre de l'arbitrage ne puisse avoir accès à des documents susceptibles de donner à la partie australienne un avantage indu. Ayant — fort judicieusement, peut-on dire rétrospectivement — anticipé ce problème, il a pris des mesures pour y remédier. Le troisième élément de notre réponse, sur un plan pratique, est que le Timor-Leste n'a pas présenté le plus petit commencement de preuve indiquant que les engagements de l'Australie n'avaient pas été ou ne seraient pas honorés. ... [L]es documents ont été mis sous scellés. ...

[L]e Timor-Leste dispose de tous les documents dont il a besoin pour l'arbitrage; il a obtenu des engagements appropriés destinés à protéger l'intégrité de la procédure; et ces engagements sont dûment honorés.» (CR 2014/4, par. 5-6.)

2. Appréciation générale

37. En résumé, et ainsi que l'a souligné la Cour dans la présente ordonnance, l'Australie s'est clairement fondée sur ses «engagements» solen. els selon lesquels les documents du conseiller juridique du Timor-Leste qu'elle avait saisis à Canberra seraient maintenus sous scellés et leur accès interdit à quiconque — leur confidentialité étant ainsi préservée —, de sorte qu'ils ne puissent être utilisés au détriment du Timor-Leste dans l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor (ordonnance, par. 35-39). Le Timor-Leste a, pour sa part, contesté ces arguments (*ibid.*, par. 40-41), faisant valoir qu'il cherchait à protéger les droits de propriété qu'il détenait à l'égard des éléments saisis (droits à l'inviolabilité et à l'immunité de ses biens) en tant qu'Etat souverain (*ibid.*, par. 24), et que les documents et données en question avaient trait à sa position dans le cadre de l'arbitrage susmentionné et de futures négociations; il a ajouté qu'étaient en jeu des «questions primordiales pour l'avenir du Timor-Leste en tant qu'Etat et pour le bien-être de sa population» (*ibid.*, par. 33).

38. Dans une affaire comme la présente espèce, une juridiction internationale ne saurait prendre en compte des arguments — tels que ceux qui ont été avancées par l'Australie — ayant trait à de prétendues questions de «sécurité nationale». Des principes généraux du droit international ont été invoqués devant la Cour (*supra*), qui ne pouvait permettre qu'ils

cable law here. In any case, an international tribunal cannot pay lip-service to allegations of "national security" made by one of the parties in the course of legal proceedings.

39. This particular point was made by Timor-Leste in the *cas d'espèce*. In this respect, the *ad hoc* International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY — Appeals Chamber), in its decision (of 29 October 1997)[24] in the *Blaškić* case, confronted with a plea that documents sought from Croatian State officials were protected by "national security", pondered:

> "[T]o grant States a blanket right to withhold, for security purposes, documents necessary for trial might jeopardise the very function of the International Tribunal, and 'defeat its essential object and purpose'. The International Tribunal was established for the prosecution of persons responsible for war crimes, crimes against humanity and genocide; these are crimes related to armed conflict and military operations. It is, therefore, evident that military documents or other evidentiary material connected with military operations may be of crucial importance, either for the Prosecutor or the defence, to prove or disprove the alleged culpability of an indictee, particularly when command responsibility is involved (in this case military documents may be needed to establish or disprove the chain of command, the degree of control over the troops exercised by a military commander, the extent to which he was cognisant of the actions undertaken by his subordinates, etc.). To admit that a State holding such documents may unilaterally assert national security claims and refuse to surrender those documents could lead to the stultification of international criminal proceedings: those documents might prove crucial for deciding whether the accused is innocent or guilty. The very *raison d'être* of the International Tribunal would then be undermined." (*Prosecutor* v. *T. Blaškić*, para. 65.)

40. The due process of law cannot be undermined by the behaviour of one of the parties dictated by reasons of alleged "national security". Equality of arms *(égalité des armes)* in arbitral and judicial proceedings is to be preserved. International tribunals know how to handle confidential matters in the course of legal procedure, and this cannot be intermingled with one of the parties' concerns with its own "national security". In the experience of contemporary international tribunals, there have

[24] Appeals Chamber's decision of 29 October 1997, review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, para. 65.

soient occultés par de tels arguments, lesquels n'entrent pas dans le champ du droit applicable en l'espèce. En tout état de cause, une juridiction internationale ne saurait se prononcer en faveur d'allégations de «sécurité nationale» formulées par l'une des parties dans le cadre d'une procédure judiciaire.

39. Ce point particulier a été soulevé par le Timor-Leste dans la présente instance. La chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'y est elle aussi intéressée dans sa décision du 29 octobre 1997 en l'affaire *Blaškić*[24], lorsque, amenée à examiner un moyen de défense invoquant la protection, au titre de la «sécurité nationale», de documents sollicités par des responsables de l'Etat croate, elle a déclaré ce qui suit :

> «[A]ccorder aux Etats le droit de refuser systématiquement, pour des raisons de sécurité, de communiquer des documents nécessaires au déroulement du procès pourrait compromettre la fonction même du Tribunal et «faire échec à son objet et son but essentiels». Le Tribunal a été constitué pour poursuivre les personnes responsables de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide, c'est-à-dire des crimes commis dans le cadre de conflits armés et d'opérations militaires. Il est donc évident que les documents militaires et autres éléments de preuve ayant trait aux opérations militaires peuvent revêtir, tant pour le Procureur que pour la défense, une importance cruciale aux fins d'établir ou d'écarter la culpabilité d'un accusé, notamment lorsqu'il est question de responsabilité des supérieurs hiérarchiques (auquel cas les documents militaires peuvent être nécessaires pour établir ou réfuter la chaîne de commandement, le degré de contrôle exercé par un responsable militaire sur les troupes, la mesure dans laquelle celui-ci avait connaissance des actes de ses subordonnés, etc.). Autoriser un Etat détenant pareils documents à invoquer unilatéralement des questions de sécurité nationale pour refuser de les communiquer reviendrait à vider de leur sens les procédures pénales internationales, ces documents pouvant se révéler cruciaux pour déterminer si l'accusé est ou non coupable. La raison d'être du Tribunal international s'en trouverait remise en question.» (*Prosecutor c. T. Blaškić*, par. 65.)

40. Le comportement d'une partie dicté par de prétendues raisons de «sécurité nationale» ne saurait remettre en cause les garanties d'une procédure régulière. Il est impératif de préserver l'égalité des armes dans les procédures arbitrales et judiciaires. Aujourd'hui, les juridictions internationales savent comment traiter les éléments confidentiels dans ce cadre, et les préoccupations de «sécurité nationale» exprimées par l'une des parties ne sauraient le faire oublier. Pour entendre certaines dépositions, elles

[24] Arrêt du 29 octobre 1997, appel interjeté contre le jugement du 18 juillet 1997 de la deuxième chambre de première instance, par. 65.

been occasions of hearings of testimonies in special sittings, so as to duly instruct the case and protect witnesses. To evoke but one illustration, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in the course of the proceedings culminating in its Judgment of 25 November 2000 (merits) in the case of *Bámaca Velásquez* v. *Guatemala*, deemed it necessary to collect the testimony of a witness, and commissioned three of its members to do so, in a sitting held outside its *siège* in Central America[25]. The sitting took place at the headquarters of the Organization of American States (OAS) in Washington D.C., as the witness concerned was still defining his migratory status as a refugee.

41. As to the handling of confidentiality, international tribunals know their respective applicable law, and do not yield to considerations of domestic law as to "national security"; they keep in mind the imperative of due process of law in the course of international legal proceedings, and preserve the equality of arms *(égalité des armes)*, in the light of the principle of the proper administration of justice *(la bonne administration de la justice)*. Allegations of State secrecy or "national security" cannot at all interfere with the work of an international tribunal, in judicial settlement or arbitration.

42. In my perception, Timor-Leste has made its case that the documents seized from its legal adviser's office in Canberra, containing confidential information concerning its positions in the Timor Sea Treaty Arbitration, are not to be used to its disadvantage in that PCA arbitration. Timor-Leste's preoccupation has its *raison d'être*, and, in my view, the International Court of Justice has taken the right decision to order the provisional measures; however, it should have done so in the terms requested by Timor-Leste, namely, to have the documents seized by Australia immediately sealed and delivered into the custody of the International Court of Justice itself, here in its *siège* at the Peace Palace in The Hague. The present proceedings in the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, suggest, once again, in the light of the arguments advanced by both Timor-Leste and Australia, that States appear far more sensitive than human beings. Even more so in a delicate matter such as the one of the present case. As the learned Antônio Vieira observed in the seventeenth century: "Não há dúvida que todas as coisas são mais estimadas e de maior gosto quando se recuperam depois de perdidas, que quando se possuem sem se perderem."[26]

43. It is clear that the concern of an international tribunal is with properly imparting justice, rather than with assessing measures of alleged "national security", entirely alien to its function. International tribunals

[25] In the host State, San José of Costa Rica.

[26] Antônio Vieira, *Sermão de Santo Antônio* [1657]: "There is no doubt that all things are more esteemed and of greater taste when recovered after having been lost, than when possessed without being lost." *[My own translation.]*

organisent ainsi des audiences spéciales, dans le but, notamment, de veiller au bon déroulement de l'instruction et d'assurer la protection des témoins. Pour n'évoquer qu'un seul exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a, dans la procédure qui a donné lieu à son arrêt au fond le 25 novembre 2000 en l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, jugé nécessaire — et mandaté trois de ses membres à cet effet — de recueillir une déposition au cours d'une audience qui s'est tenue en dehors de ses locaux d'Amérique centrale[25]; le témoin en question continuant d'invoquer le statut de réfugié, cette audience a eu lieu au siège de l'Organisation des Etats américains (OEA) à Washington D.C.

41. S'agissant du traitement de la confidentialité, les juridictions internationales connaissent le droit applicable qu'elles sont respectivement tenues de suivre, et ne se plient pas à des considérations de droit interne telles que la «sécurité nationale»; elles ont à l'esprit l'impératif de garantir une procédure régulière dans le cadre du règlement judiciaire des différends internationaux, et de préserver l'égalité des armes, qui découle du principe de la bonne administration de la justice. L'invocation de secrets d'Etat ou de la «sécurité nationale» ne saurait faire obstacle aux travaux d'une juridiction internationale, que ce soit dans le domaine judiciaire ou arbitral.

42. Selon moi, le Timor-Leste a démontré que les documents saisis dans les locaux professionnels de son conseiller juridique à Canberra, qui contiennent des informations confidentielles concernant sa position aux fins de l'arbitrage en vertu du traité de la mer de Timor, ne devaient en aucun cas être utilisés à son détriment dans le cadre de la procédure qui se déroule devant la CPA. Ces préoccupations sont justifiées, et c'est donc à juste titre, me semble-t-il, que la Cour a choisi d'indiquer des mesures conservatoires. Toutefois, elle aurait dû le faire dans les termes sollicités par le Timor-Leste, c'est-à-dire en décidant que les documents saisis par l'Australie soient immédiatement placés sous scellés et confiés à sa propre garde, ici même, au Palais de la Paix, à La Haye. Dans la présente affaire, il apparaît, une fois encore, au vu des arguments respectivement avancés par le Timor-Leste et l'Australie, que les Etats peuvent se révéler bien plus sensibles que les êtres humains. Cela est d'autant plus vrai dans une affaire aussi délicate que celle qui nous occupe aujourd'hui. Ainsi que le faisait observer au XVII[e] siècle l'éminent philosophe Antônio Vieira: «Não há dúvida que todas as coisas são mais estimadas e de maior gosto quando se recuperam depois de perdidas, que quando se possuem sem se perderem.»[26]

43. De toute évidence, le rôle d'une juridiction internationale est de rendre correctement la justice, et non d'apprécier des mesures prises pour des raisons de «sécurité nationale», qui sont totalement étrangères à sa

[25] Sis à San José, au Costa Rica, l'Etat hôte.

[26] Antônio Vieira, *Sermão de Santo Antônio* (1657): «Nul doute que l'on attache plus de prix et de goût aux choses perdues et retrouvées qu'à celles que l'on possède sans les avoir jamais perdues.»

are concerned with the prevalence of international law; national governments (their secret or so-called "intelligence" services) occupy themselves with issues they regard as affecting alleged "national security". The international legal positions of one State cannot be subjected to measures of alleged "national security" of another State, even less so when they are contending parties in the same contentious case before an international tribunal. In this connection, an international tribunal such as the International Court of Justice is to make sure that the principle of the *juridical equality* of States prevails, so as to discard eventual repercussions in the international legal procedure of *factual inequalities* between States.

VII. The Prevalence of the Juridical Equality of States

44. The present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, bears witness of the relevance of the principle of the juridical equality of States. The prevalence of this fundamental principle has marked a longstanding presence in the realm of international law, ever since the times of the II Hague Peace Conference of 1907, and then of the drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice by the Advisory Committee of Jurists, in June-July 1920. Recourse was then made, by that Committee, *inter alia*, to general principles of law, as these latter embodied the objective idea of justice. A general principle such as that of the juridical equality of States, enshrined a quarter of a century later in the United Nations Charter (Article 2 (1)), is ineluctably intermingled with the quest for justice.

45. Subsequently, throughout the drafting of the 1970 UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (1964-1970), the need was felt to make it clear that stronger States cannot impose their will upon the weak, and that *de facto* inequalities among States cannot affect the weaker in the vindication of their rights. The principle of the juridical equality of States gave expression to this concern, embodying the *idée de justice*, emanated from the universal juridical conscience. I have had the occasion to dwell upon this point elsewhere, having pondered that:

> "On successive occasions the principles of international law have proved to be of fundamental importance to humankind's quest for justice. This is clearly illustrated by the role played, *inter alia*, by the principle of juridical equality of States. This fundamental principle, the historical roots of which go back to the II Hague Peace Conference of 1907, proclaimed in the UN Charter and enunciated also in the 1970 Declaration of Principles, means ultimately that all States — factually strong and weak, great and small — are equal before international law, are entitled to the same protection under the law and

fonction. Les tribunaux internationaux s'appliquent à faire primer le droit international; les gouvernements nationaux (à travers leurs services secrets ou services de «renseignement»), pour leur part, se préoccupent de questions qui touchent, selon eux, à leur «sécurité nationale». Les positions juridiques internationales d'un Etat ne sauraient être soumises à des mesures liées à la prétendue «sécurité nationale» d'un autre, ce d'autant moins lorsqu'ils sont tous deux parties à un différend soumis à une juridiction internationale. A cet égard, une juridiction telle que la Cour doit veiller à ce que le principe de l'*égalité juridique* des Etats l'emporte, de sorte que les *inégalités de fait* entre Etats n'aient aucune conséquence sur le règlement judiciaire des différends internationaux.

VII. La primauté du principe de l'égalité juridique des Etats

44. La présente affaire témoigne de l'importance du principe de l'égalité juridique des Etats. La place prépondérante de ce principe fondamental du droit international remonte à la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et à la rédaction, en juin-juillet 1920, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité consultatif de juristes, qui s'était alors notamment référé aux principes généraux de droit exprimant l'idée objective de justice. Consacré vingt-cinq ans plus tard dans la Charte des Nations Unies (au paragraphe 1 de l'article 2), le principe général de l'égalité juridique des Etats est aujourd'hui immanquablement et indissociablement lié à la quête de justice.

45. Plus tard, au moment de la rédaction de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (1964-1970), il est apparu nécessaire d'affirmer l'idée que les Etats puissants ne sauraient imposer leur volonté, et que des inégalités de fait entre les Etats ne devaient pas affecter la capacité des plus faibles de faire valoir leurs droits. Le principe de l'égalité juridique des Etats a donné corps à cette préoccupation et à l'idée de justice, laquelle procède de la conscience juridique universelle. J'ai eu l'occasion, dans un autre contexte, de livrer mes réflexions sur ce point:

> «Les principes du droit international se sont, en plusieurs occasions, révélés d'une importance primordiale pour la quête de justice de l'humanité. En témoigne, par exemple, le rôle du principe de l'égalité juridique des Etats. Ce principe fondamental, qui tire historiquement son origine de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, et a été consacré par la Charte des Nations Unies, puis réaffirmé dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales, signifie, en définitive, que tous les Etats — les forts et les faibles, les grands et les

before the organs of international justice, and to equality in the exercise of international rights and duties.

Despite successive attempts to undermine it, the principle of juridical equality of States has remained, from the II Hague Peace Conference of 1907 to date, one of the basic pillars of international law. It has withstood the onslaught of time, and shown itself salutary for the peaceful conduction of international relations, being ineluctably associated — as it stands — with the foundations of international law. It has been very important for the international legal system itself, and has proven to be a cornerstone of international law in the United Nations era. In fact, the UN Charter gave it a new dimension, and the principle of juridical equality of States, in turn, paved the way for, and contributed to, new developments such as that of the system of collective security, within the ambit of the law of the United Nations."[27]

VIII. Provisional Measures of Protection Independently of Unilateral "Undertakings" or Assurances

46. As from the characterizations by the International Court of Justice itself of the essence and main features of the dispute lodged in the *cas d'espèce*, one would legitimately expect that the Court would not proceed to ground the provisional measures of protection that it has indicated in the present Order on a unilateral "undertaking" or assurance by one of the contending Parties, precisely the one that has caused a damage — by the seizure and detention of the documents and data at issue — to the applicant State. In effect, in the present Order, the International Court of Justice, after taking note of the principal claim of Timor-Leste that "a violation has occurred of its right to communicate with its counsel and lawyers in a confidential manner with regard to issues forming the subject-matter of pending arbitral proceedings and future negotiations between the Parties", recalled that this right derives from the fundamental principle of the juridical equality of States, enshrined in Article 2 (1) of the UN Charter (Order, para. 27).

47. The International Court of Justice then proceeded that "equality of the parties must be preserved" when they are engaged — pursuant to Article 2 (3) of the UN Charter — in the process of peaceful settlement of an international dispute (another general principle of international law). Once a State is engaged therein, it is entitled to undertake arbitral proceedings or negotiations "without interference by the other party in the preparation and conduct of its case" *(ibid.)*. It follows, the Court added, that,

[27] A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013, pp. 84-85, and cf. pp. 62-63, 65 and 73.

petits — sont égaux devant le droit international, autrement dit, qu'ils jouissent de la même protection au regard du droit et devant les instances judiciaires internationales, et de l'égalité dans l'exercice de leurs droits et devoirs internationaux.

Malgré les tentatives de remise en cause qui se sont succédé, le principe de l'égalité juridique des Etats constitue, depuis la deuxième conférence de la paix de 1907, l'un des piliers du droit international. Il a résisté au passage du temps, et s'est révélé salutaire pour assurer des relations internationales pacifiques, étant immanquablement lié, aujourd'hui encore, aux fondements du droit international. Il a joué un rôle primordial dans la construction même de l'ordre juridique international, et constitue une pierre angulaire du droit des Nations Unies. De fait, il a acquis, dans la Charte des Nations Unies, une nouvelle dimension, ouvrant alors la voie et contribuant à de nouvelles avancées telles que l'avènement du système de sécurité collective. »[27]

VIII. La nécessité de mesures conservatoires indépendantes des assurances ou «engagements» unilatéraux

46. Compte tenu de la manière dont elle avait elle-même défini la nature et les principaux aspects du différend dont elle avait à connaître en la présente espèce, l'on pouvait légitimement s'attendre à ce que la Cour ne fondât pas les mesures conservatoires indiquées dans son ordonnance sur une assurance ou un «engagement» unilatéral de l'une des Parties, celle, précisément, qui avait causé un préjudice — en saisissant et détenant les documents et données en question — à l'Etat demandeur. D'ailleurs, après avoir pris note du principal grief du Timor-Leste selon lequel «il y avait eu violation de son droit de communiquer de manière confidentielle avec ses conseils et avocats au sujet de questions faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours et de futures négociations entre les Parties», la Cour a rappelé que ce droit découlait du principe fondamental de l'égalité juridique des Etats consacré au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies (ordonnance, par. 27).

47. La Cour a ensuite souligné qu'«il conv[enait] de préserver l'égalité des parties» qui sont engagées, conformément au paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte, dans le règlement, par des moyens pacifiques, d'un différend international (autre principe général du droit international). Lorsqu'un Etat a introduit une procédure d'arbitrage ou entrepris des négociations, il peut s'attendre à mener cette procédure ou ces négociations «sans que l'autre partie ne s'ingère dans la préparation ou la défense de son argumentation» *(ibid.)*. Il s'ensuit, selon la Cour, que,

[27] A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2e éd. rev., Leyde/La Haye, Nijhoff, 2013, p. 84-85, et voir p. 62-63, 65 et 73.

> "in such a situation, a State has a plausible right to the protection of its communications with counsel relating to an arbitration or to negotiations, in particular, to the protection of the correspondence between them, as well as to the protection of confidentiality of any documents and data prepared by counsel to advise that State in such a context" (Order, para. 27).

48. The Court concluded, on this issue, that at least some of the rights for which Timor-Leste seeks protection are "plausible", in particular, "the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia", and "the correlative right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers" (*ibid.*, para. 28). I would take even a step further, in acknowledging that *a right is a right*, irrespective of its so-called "plausibility" (whatever that might concretely mean)[28]. In any case, having reached such a conclusion, one would expect the Court to order its own provisional measures of protection independently of any promise or unilateral "undertaking" on the part of the State which has breached that "plausible" right.

49. For reasons which escape my comprehension, the Court did not do so, and, from then onwards, embarked on a distinct line of reasoning, on the basis of the "undertaking" or assurance by Australia to secure the confidentiality of the material seized by its agents in Canberra on 3 December 2013. The Court was aware of the imminent risk of irreparable harm (*ibid.*, para. 42), and insisted that there remained a risk of further disclosure of the seized material (*ibid.*, para. 46) to the additional disadvantage of Timor-Leste. The Court considered that

> "there could be a very serious detrimental effect on Timor-Leste's position in the Timor Sea Treaty Arbitration and in future maritime negotiations with Australia should the seized material be divulged to any person or persons involved or likely to be involved in that arbitration or in negotiations on behalf of Australia. Any breach of confidentiality may not be capable of remedy or reparation as it might not be possible to revert to the *status quo ante* following disclosure of the confidential information." (*Ibid.*, para. 42.)

50. How can the Court assume that such breach of confidentiality has not already occurred, to the detriment of Timor-Leste? On what basis can the Court assume that the material seized by Australia has not yet been divulged, or was not divulged on the days following its seizure, and before the "undertaking" or assurance by Australia? How can the Court be sure that Timor-Leste has not yet suffered an irreparable harm? How

[28] "Plausibility", as understood nowadays, has its etymological origins tracing back to the sixteenth and seventeenth centuries, means something which is worth of approval or applause (from *plaudere*).

> «en pareil cas, un Etat a un droit plausible à ce que soient protégées ses communications avec ses conseils qui se rapportent à un arbitrage ou à des négociations et, en particulier, la correspondance qu'il échange avec eux, et à ce que soit protégée la confidentialité de tous documents et données établis par eux pour le conseiller» (ordonnance, par. 27).

48. La Cour a conclu, sur ce point, qu'au moins certains des droits que le Timor-Leste cherchait à protéger étaient plausibles et, en particulier, le «droit de conduire une procédure d'arbitrage ou des négociations sans ingérence de la part de l'Australie», et le droit corrélatif «à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et à la non-ingérence dans lesdites communications» (*ibid.*, par. 28). Or, selon moi, il convenait d'aller plus loin, en reconnaissant qu'*un droit est un droit*, qu'il soit ou non «plausible» (quel que soit le sens que ce terme revêt concrètement)[28]. En tout état de cause, la Cour étant parvenue à cette conclusion, l'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle indiquât des mesures conservatoires indépendantes de toute promesse ou «engagement» unilatéral de la part de l'Etat ayant violé ce droit «plausible».

49. Pour des raisons qui m'échappent, la Cour n'en a rien fait, suivant un raisonnement différent fondé sur l'«engagement» ou l'assurance de l'Australie de ce que la confidentialité des éléments saisis par ses agents à Canberra le 3 décembre 2013 serait préservée. Consciente qu'il existait un risque imminent de préjudice irréparable (*ibid.*, par. 42), la Cour a souligné que subsistait un risque que les éléments saisis soient divulgués à des tiers (*ibid.*, par. 46), là encore au détriment du Timor-Leste, et déclaré que

> «la position de celui-ci dans le cadre de l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor et des futures négociations maritimes avec l'Australie pourrait être très gravement compromise si les éléments saisis étaient divulgués à une quelconque personne participant ou susceptible de participer à cet arbitrage ou à ces négociations au nom de l'Australie. Toute violation de la confidentialité risquerait de ne pas pouvoir être réparée, puisqu'il pourrait se révéler impossible de revenir au *statu quo ante* après la divulgation d'informations confidentielles.» (*Ibid.*, par. 42.)

50. Comment la Cour pouvait-elle supposer que pareille violation n'avait pas, d'ores et déjà, été commise à l'encontre du Timor-Leste? Sur quels éléments s'est-elle fondée pour présumer que les documents et données saisis par l'Australie n'avaient pas déjà été divulgués, notamment dans les jours suivant leur saisie, c'est-à-dire avant l'assurance ou l'«engagement» donné par l'Australie? Comment la Cour pouvait-elle être sûre

[28] Dans son acception actuelle, le terme «plausible», dont l'origine étymologique date des XVI[e] et XVII[e] siècles, désigne ce qui est louable, ce qui mérite d'être applaudi (du latin *plaudere*).

can the Court proceed, on the basis of the seizure undertaken by the Australian Security Intelligence Organisation (ASIO), to ground in the present Order its own provisional measures of protection, instead of taking custody of the seized material? From this point of the present Order (reliance on the seizure of documents and data for alleged "national security" reasons) onwards, it is difficult to avoid the sensation of entering into the realm of surrealism.

51. The fact is that it cannot be denied with certainty that, with the seizure of the documents and data containing its privileged information, Timor-Leste has *already* suffered an irreparable harm. Six and a half decades ago (in 1949), in his last book, *Nineteen Eighty-Four*, George Orwell repeatedly warned: "Big Brother Is Watching You"[29]. Modern history is permeated with examples of the undue exercise of search and seizure, by those who felt powerful enough to exercise unreasonable surveillance of others. Modern history has also plenty of examples of the proper reaction of those who felt victimized by such exercise of search and seizure. In so reacting, the latter felt that, though lacking in factual power, they had law on their side, as all are equal before the law. If Orwell could rise from his tomb today, I imagine he would probably contemplate writing *Two Thousand Eighty-Four*, updating his perennial and topical warning, so as to encompass surveillance not only at *intra-State* level, but also at *inter-State* level; nowadays, "Big Brother Is Watching You" on a much wider geographical scale, and also in the relations across nations.

52. If the Court were sensitive to that, it would have ordered — as in my view it should have — its provisional measures of protection independently of any unilateral "undertaking" or assurance on the part of the State which exercised search and seizure (Australia) of documents and data containing privileged information belonging to the applicant State (Timor-Leste). The Court would have ordered the seized documents and data to be promptly sealed and delivered into its custody here at its *siège* at the Peace Palace in The Hague. In any case, the provisional measures of protection indicated in the present Order of the Court, concerning a situation of urgency, purports to prevent *further* irreparable harm to Timor-Leste.

53. The Court did not at all need to have relied factually upon Australia's seizure of the documents and data containing information belonging to Timor-Leste, so as to order Australia to "keep under seal the seized documents and electronic data and any copies thereof" (resolutory point 2). The Court should have taken custody of those documents and data (and any copies thereof) from then on. Instead of that, the Court ordered the State which seized them to ensure that no *further* damage is

[29] Part I, Chapter I; and Part III, Chapter VI.

que le Timor-Leste n'avait pas d'ores et déjà subi un préjudice irréparable? Comment a-t-elle pu ensuite indiquer ses propres mesures conservatoires en se fondant, de fait, sur la saisie effectuée par l'ASIO, le service de renseignement intérieur de l'Australie, au lieu de requérir que les documents saisis lui soient remis? A compter de ce point de la présente ordonnance (par lequel la Cour se fonde sur la saisie des documents et données pour de prétendues raisons de «sécurité nationale»), l'on a du mal à ne pas éprouver un sentiment de surréalisme.

51. Le fait est que la possibilité que le Timor-Leste ait *d'ores et déjà* subi un préjudice irréparable, par suite de la saisie des documents et données contenant des informations confidentielles qui lui appartiennent, ne saurait être écartée avec certitude. Il y a soixante-cinq ans déjà, en 1949, George Orwell formulait, dans son roman *1984*, la mise en garde suivante: «Big Brother vous regarde» (*«Big Brother is watching you»*)[29]. L'histoire contemporaine est émaillée d'exemples de perquisitions et de saisies abusives effectuées par ceux qui se sentent assez puissants pour exercer sur d'autres une surveillance injustifiée. On y trouve également nombre de cas où ceux qui s'estimaient victimes de tels actes ont réagi comme il se devait, et pris conscience, ce faisant, que, bien que dépourvus de pouvoir dans les faits, ils bénéficiaient de la protection du droit, qui s'applique à tous de manière égale. Si George Orwell était encore parmi nous, il envisagerait peut-être d'écrire *2084*, et sa mise en garde intemporelle, dont l'actualité ne se dément pas, porterait non plus seulement sur la surveillance des citoyens par l'Etat, mais également sur celle qu'exercent les Etats *entre eux*. Aujourd'hui, Big Brother nous surveille à bien plus grande échelle, y compris dans les relations entre les nations.

52. Si la Cour avait été sensible à cet aspect, elle aurait indiqué — comme elle aurait dû le faire, selon moi — ses mesures conservatoires indépendamment de toute assurance ou de tout «engagement» unilatéral de la part de l'Etat (l'Australie) qui a procédé à la perquisition et à la saisie de documents et données contenant des informations confidentielles de l'Etat demandeur (le Timor-Leste). La Cour aurait alors ordonné — ce qu'elle aurait dû faire, selon moi — que les documents et données saisis soient sans tarder placés sous scellés et confiés à sa garde, au Palais de la Paix, à La Haye. En tout état de cause, les mesures conservatoires indiquées dans la présente ordonnance, qui portent sur une situation d'urgence, sont censées éviter qu'un préjudice irréparable *supplémentaire* ne soit causé au Timor-Leste.

53. Rien n'obligeait la Cour, dans la présente ordonnance, à se fonder — de fait — sur la saisie par l'Australie des documents et données comportant des informations du Timor-Leste, en ordonnant à l'Australie de «conserv[er] sous scellés les documents et données électroniques saisis, ainsi que toute copie qui en aurait été faite» (deuxième point du dispositif). Elle aurait dû décider d'assurer elle-même, à compter de ce jour, la garde des éléments en question et de leurs éventuelles copies. Au lieu

[29] Première partie, chap. I; troisième partie, chap. VI.

done to Timor-Leste by further disclosure for use by any person(s), of the seized material (resolutory point 1).

54. Ironically, in the present Order the Court itself admits (Order, para. 30) that the provisional measures of protection requested by Timor-Leste are aimed at preventing *further* damage to it. It is clear that damage has already been made to Timor-Leste. Yet the Court orders provisional measures of protection to be taken by the State — as from its unilateral "undertaking" — that has seized the documents and data for alleged reasons of "national security". In this connection, in the mid-fifties, the poet Vinicius de Moraes pitied the ungrateful task of those who worked in archives (and I would here add, in secret archives, amidst documents allegedly concerning "national security"); in his own words:

> "Antes não classificásseis
> Os maços pelos assuntos
> Criando a luta de classes
> Num mundo de anseios juntos! (. . .)
> Ah, ver-vos em primavera
> Sobre papéis de ocasião
> Na melancólica espera
> De uma eterna certidão! (. . .)"[30]

55. In distinct contexts, the inviolability of State papers and documents has been an old concern in diplomatic relations. The 1946 UN Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations refers to the "inviolability for all papers and documents" of Member States participating in the work of its main and subsidiary organs, or in conferences convened by the United Nations (Art. IV). In the same year, a resolution of the UN General Assembly asserted that such inviolability of all State papers and documents was granted by the 1946 Convention "in the interests of the good administration of justice"[31]. Thus, already in 1946, the UN General Assembly had given expression in a resolution to the presumption of the inviolability of the correspondence between Member States and their legal advisers. This is an international law obligation, not

[30] Vinicius de Moraes, "Balada das Arquivistas", *Antologia Poética* (1954):

> "Better if you would not classify
> The files by the subjects
> Creating class struggle
> In a world full of anguish! (. . .)
> Ah, to see you all in the springtime
> Over occasional papers
> In the melancholic expectation
> Of an eternal certificate! (. . .)" *[My own translation.]*

[31] GA resolution 90 (I), of 11 December 1946, para. 5 *(b)*.

de cela, la Cour a enjoint l'Etat qui avait procédé à la saisie de veiller à ce qu'aucun préjudice *supplémentaire* ne soit causé au Timor-Leste en faisant en sorte que les éléments en question ne soient pas utilisés par une quelconque personne (premier point du dispositif).

54. Paradoxalement, la Cour admet (ordonnance, par. 30) que les mesures conservatoires sollicitées par le Timor-Leste visent à éviter qu'un préjudice *supplémentaire* ne soit causé à celui-ci. Le Timor-Leste a clairement déjà subi un préjudice. Or, la Cour choisit d'indiquer des mesures dont la mise en œuvre échet à l'Etat qui a saisi les documents et données pour de prétendues raisons de «sécurité nationale», à compter de l'«engagement» unilatéral pris par ce dernier. Je citerai à ce propos le poète Vinicius de Moraes, qui, au milieu des années cinquante, plaignait les employés des services d'archives (les services d'archives classifiées, ajouterai-je, pleines de documents touchant à de prétendues questions de «sécurité nationale»), dont il décrivait en ces termes la tâche ingrate:

> «Antes não classificásseis
> Os maços pelos assuntos
> Criando a luta de classes
> Num mundo de anseios juntos! ...
> Ah, ver-vos em primavera
> Sobre papéis de ocasião
> Na melancólica espera
> De uma eterna certidão! ...»[30]

55. Dans des contextes différents, l'inviolabilité des papiers et documents d'Etat constitue, de longue date, un sujet de préoccupation dans le cadre des relations diplomatiques. La convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies prévoyait «l'inviolabilité de tous papiers et documents» des Etats membres participant aux travaux des organes principaux et subsidiaires de l'Organisation et aux conférences convoquées par celle-ci (art. IV). Une résolution adoptée la même année par l'Assemblée générale précisait que cette inviolabilité des papiers et documents d'Etat était garantie par la convention de 1946 «dans l'intérêt de la bonne administration de la justice»[31]. Ainsi, dès 1946, l'Assemblée générale exprimait, dans une résolution, la présomption d'inviolabilité des correspondances entre les Etats membres et leurs conseillers juri-

[30] Vinicius de Moraes, «Balada das Arquivistas», *Antologia Poética* (1954):

> «Mieux vaudrait que vous n'ayez pas à classer
> Les dossiers par thème
> Créant ainsi une lutte des classes
> Dans un monde plein d'angoisse! ...
> Ah, vous voir tous au printemps
> Sur des textes d'un jour
> Dans l'attente mélancolique
> D'un certificat éternel! ...»

[31] Résolution 90 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 11 décembre 1946, par. 5 *b)*.

one derived from a unilateral "undertaking" or assurance by a State following its seizure of documents and data containing information belonging to another State.

56. In my perception, there is no room, in provisional measures of protection, for indulging in an exercise of balancing of interests of the contending parties. For example, in the present Order, the Court refers to the "significant contribution" of Australia's unilateral "undertaking" or promise (of 21 January 2014) towards "mitigating the imminent risk of irreparable prejudice" to Timor-Leste (Order, para. 47). Yet, immediately afterwards, the Court goes on to say that, despite that unilateral "undertaking" by Australia, "there is still an imminent risk of irreparable prejudice" to Timor-Leste (*ibid.*, para. 48). This being so, what is the "significant contribution" of the unilateral "undertaking" or assurance to mitigate the "imminent risk of irreparable prejudice" to Timor-Leste? The Court provides no explanation for its assertion. What is so "significant" about that unilateral act? The Court does not demonstrate its "significance", only takes the promise at its face value.

57. Can a unilateral assurance or promise provide a basis for the Court's reasoning in Orders of binding provisional measures of protection? Not at all — as I sustained half a decade ago in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)* (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 139), and as I once again sustain in this separate opinion in the present Order of 3 March 2014 in the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*. Like Ionesco's *Rhinocéros* (1960), *je ne capitule pas . . .*

58. The International Court of Justice is not a simple *amiable compositeur*, it is a court of law, the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the UN Charter). In the exercise of its judicial function, it is not to ground its reasoning on unilateral "undertakings" or assurances or promises formulated in the course of international legal proceedings. Precepts of law provide a much safer ground for its reasoning in the exercise of its judicial function. Those precepts are of a perennial value, such as the ones in (Ulpian's) opening book I (item I, para. 3) or in Justinian's *Institutes* (early sixth century): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (to live honestly, not to harm anyone, to give each one his/her due).

IX. The Autonomous Legal Regime of Provisional Measures of Protection

59. This brings me to my last point in the present separate opinion. The present legal proceedings, in my perception, bring to the fore, once again, what I have for some time been characterizing as *the autonomous*

diques. Il s'agit donc d'une obligation de droit international, et non d'une obligation découlant d'une assurance ou d'un «engagement» unilatéral qu'un Etat prend après avoir saisi des documents et données contenant des informations appartenant à un autre Etat.

56. A mon sens, lorsqu'elle indique des mesures conservatoires, il n'y a pas lieu que la Cour mette en balance les intérêts respectifs des parties en présence. Dans la présente ordonnance, la Cour a ainsi indiqué que l'engagement écrit (du 21 janvier 2014) de l'Australie «contribu[ait] de manière importante» à «atténuer le risque imminent de préjudice irréparable» susceptible d'être causé au Timor-Leste (ordonnance, par. 47), tout en ajoutant, immédiatement après, que, en dépit de cet engagement, «un risque imminent de préjudice irréparable subsist[ait]» (*ibid.*, par. 48). Dès lors, en quoi l'engagement unilatéral contribuait-il de manière importante à atténuer le risque de préjudice irréparable pour le Timor-Leste? La Cour ne l'a pas expliqué. Qu'y avait-il de si «important» dans cet acte unilatéral? La Cour ne l'a pas démontré, se contentant de prendre pour argent comptant la promesse de l'Australie.

57. Une assurance ou promesse unilatérale peut-elle fonder le raisonnement de la Cour dans une ordonnance en indication de mesures conservatoires à caractère contraignant? Certainement pas. C'est ce que j'ai soutenu il y a cinq ans dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance du 28 mai 2009 en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (*mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 139). Et je persiste aujourd'hui. Comme Bérenger dans *Rhinocéros*, la pièce écrite en 1960 par Eugène Ionesco, «je ne capitule pas»...

58. La Cour n'est pas un simple amiable compositeur; elle est une juridiction, l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (article 92 de la Charte des Nations Unies). Dans l'exercice de sa fonction judiciaire, elle ne saurait fonder son raisonnement sur des «engagements», assurances ou promesses formulés unilatéralement au cours d'une procédure judiciaire internationale. Les préceptes du droit offrent un fondement bien plus solide au raisonnement d'une juridiction internationale. Ces préceptes sont éternels, tels que ceux (d'Ulpien) qui figurent dans le Livre I (titre I, par. 3) des *Institutes* de Justinien (début du VI[e] siècle): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivre honnêtement, ne faire de mal à personne, donner à chacun son dû).

IX. Le régime juridique autonome des mesures conservatoires

59. J'en viens au dernier point de cette opinion individuelle. La présente espèce met, une nouvelle fois, l'accent sur ce que je qualifie, depuis un certain temps déjà, de *régime juridique autonome régissant les mesures*

legal regime of provisional measures of protection. In this respect, as I have pointed out, e.g., in my dissenting opinion in the merged cases of *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* and of the *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (*Provisional Measures, Order of 16 July 2013, I.C.J. Reports 2013*, p. 230), opposing Costa Rica to Nicaragua (and vice versa), the object of requests for provisional measures of protection is different from the object of applications lodged with international tribunals, as to the merits.

60. Furthermore, the rights to be protected are not necessarily the same in the two respective proceedings. Compliance with provisional measures runs parallel to the course of proceedings as to the merits of the case at issue. The obligations concerning provisional measures ordered and decisions as to the merits (and reparations) are not the same, being autonomous from each other. The same can be said of the legal consequences of non-compliance (with provisional measures, or else with judgments as to the merits), the breaches (of one and the other) being distinct from each other (*ibid.*, pp. 267-268, paras. 70-71).

61. What ensues herefrom is the pressing need to dwell upon, and to develop conceptually, the *autonomous legal regime* of provisional measures of protection, particularly in view of the expansion of these latter in our days (*ibid.*, para. 75). This is the point which I have made not only in my dissenting opinion in the two aforementioned merged cases opposing Costa Rica to Nicaragua, but also in my earlier dissenting opinion in the case of *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)* (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, pp. 192-193, paras. 80-81), and which I see fit to reiterate here, in the present case of *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*. It should not pass unnoticed that this point has marked presence in these recent cases, surrounded by entirely distinct circumstances. This, in my view, discloses the importance of the acknowledgment of the *autonomous legal regime* of provisional measures of protection, irrespective of the circumstances of the cases at issue.

62. I deem it a privilege to be able to serve the cause of international justice here at the Peace Palace in The Hague. With all that is going on here at the Peace Palace — at the International Court of Justice and at the Permanent Court of Arbitration next door — as well illustrated herein, the present case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)*, since its lodging with the International Court of Justice last 17 December 2013 up to now, marks a proper closing of the celebrations of the centenary of the Peace Palace. This emblematic centenary would have been more remarkable if the International Court of Justice had ordered today, 3 March 2014, what in my view it should have done, i.e., the adoption of an order of provisional measures of protection to the effect of, from now on, keep-

conservatoires. A cet égard, comme je l'ai souligné, par exemple, dans mon opinion dissidente jointe à l'ordonnance rendue le 16 juillet 2013 dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (*mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2013, C.I.J. Recueil 2013*, p. 230), opposant le Costa Rica au Nicaragua (et vice versa) et dont les instances ont été jointes, l'objet des demandes en indication de mesures conservatoires diffère de celui des requêtes au fond présentées à des juridictions internationales.

60. Par ailleurs, les droits qu'il convient de protéger ne sont pas nécessairement les mêmes dans les deux procédures. Les mesures conservatoires doivent être respectées tandis que se déroule la procédure au fond. Les obligations découlant des mesures conservatoires indiquées et des décisions au fond (y compris en matière de réparations) ne sont pas les mêmes, et elles sont indépendantes les unes des autres. Il en va de même des conséquences juridiques qui découlent de l'inobservation (de mesures conservatoires ou de décisions rendues au fond), les violations (des premières et des secondes) étant distinctes (*ibid.*, p. 267-268, par. 70-71).

61. Il en résulte une nécessité pressante d'approfondir et de développer, d'un point de vue conceptuel, le *régime juridique autonome* des mesures conservatoires, compte tenu, notamment, de l'essor qu'elles connaissent aujourd'hui (*ibid.*, par. 75). Je l'ai fait observer non seulement dans mon opinion dissidente dans les deux affaires susmentionnées (dont les instances ont été jointes) entre le Costa Rica et le Nicaragua, mais aussi dans mon opinion dissidente antérieure en l'affaire concernant des *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (*mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 192-193, par. 80-81), et j'estime utile de le rappeler en la présente affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*. Il importe de relever que ce besoin s'est fait sentir dans ces différentes affaires, dont les circonstances sont pourtant tout à fait distinctes; cela révèle, à mon sens, qu'il est primordial de reconnaître l'existence de ce *régime juridique autonome* régissant les mesures conservatoires, indépendamment des circonstances de l'affaire en cause.

62. C'est pour moi un privilège que de servir la cause de la justice internationale au Palais de la Paix, à La Haye. Dans le contexte de l'activité intense dont il est le théâtre — celle de la CIJ et celle de la CPA, sa voisine —, et qui trouve ici une parfaite illustration, l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données* s'est montrée, depuis qu'elle a été introduite devant la Cour le 17 décembre 2013, à la mesure des célébrations du centenaire du Palais de la Paix. Cet anniversaire emblématique aurait été plus remarquable encore si la Cour avait décidé — ainsi qu'elle aurait dû le faire à mon sens —, dans son ordonnance d'aujourd'hui, 3 mars 2014, que, ayant la maîtrise de sa propre compétence, elle assurerait elle-même, à compter de ce jour, la garde des documents et données saisis contenant des informa-

ing custody itself, as master of its own jurisdiction, of the seized documents and data containing information belonging to Timor-Leste, here in its premises at the Peace Palace in The Hague.

X. Epilogue: A Recapitulation

63. From the preceding considerations, I hope it has become crystal clear why I consider that the provisional measures of protection indicated by the Court in the present Order of 3 March 2014, in the case concerning *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)* are better than nothing, better than not having ordered any such measures at all, though I find that the Court should have gone further and have ordered provisional measures of protection independently of any unilateral "undertaking" or assurance by one of the Parties, and should from now on have kept custody of the seized documents and data itself, at its *siège* here at the Peace Palace in The Hague. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay the foundations of my own position in the *cas d'espèce* in the present separate opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my personal position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

64. *Primus:* When a State pursues the safeguard of its own right, acting on its own behalf, it cannot be compelled to appear before the national tribunals of another State, its contending party. The local remedies rule does not apply in cases of this kind; *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. *Secundus:* The centrality of the quest for justice prevails over concerns to avoid "concurrent jurisdiction". *Tertius:* The imperative of the realization of justice prevails over manifestations of a State's will. *Quartus:* Euphemisms *en vogue* — like the empty and misleading rhetoric of "proliferation" of international tribunals, and "fragmentation" of international law, among others — are devoid of any meaning, and divert attention to false issues of "delimitation" of competences, oblivious of the need to secure an enlarged access to justice to the *justiciables*.

65. *Quintus:* International courts and tribunals share a *common mission* to impart justice, which stands above the zeal of "delimitation" of competences. *Sextus:* Unilateral "undertakings" or assurances by a contending party cannot serve as basis for provisional measures of protection. *Septimus:* Reliance on unilateral "undertakings" or assurances has been the source of uncertainties and apprehension; they are proper to the realm of inter-State (diplomatic) relations, and reliance upon such unilateral acts is to be avoided in the course of international legal proceedings; *ex factis jus non oritur*.

66. *Octavus:* International legal procedure has a logic of its own, which is not to be equated to that of diplomatic relations, even less so in face of

tions appartenant au Timor-Leste, dans ses locaux du Palais de la Paix, à La Haye.

X. Épilogue: récapitulation

63. Les considérations qui précèdent montrent clairement, je l'espère, les raisons pour lesquelles je considère que les mesures conservatoires indiquées par la Cour dans la présente ordonnance du 3 mars 2014 en l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)* valent mieux que rien, mais que la Cour aurait dû aller plus loin en indiquant des mesures indépendamment de toute assurance ou «engagement» donné unilatéralement par l'une des Parties, et en décidant, à compter de ce jour, d'assurer elle-même la garde des documents et données saisis, dans ses locaux du Palais de la Paix, à La Haye. J'ai donc jugé qu'il était de mon devoir, dans l'exercice de ma fonction judiciaire internationale, de consigner dans la présente opinion individuelle les fondements de ma position en l'espèce. Il me semble utile, à ce stade, d'en récapituler l'ensemble des points, tant par souci de clarté que pour souligner qu'ils sont indissociablement liés.

64. *Primus:* lorsqu'un Etat cherche à protéger son propre droit, en agissant en son nom propre, il ne saurait être obligé de se présenter devant les tribunaux internes d'un autre Etat avec lequel il est en litige. La règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas dans des affaires de cette nature; *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*. *Secundus:* le rôle central de la quête de justice l'emporte sur le souci d'éviter «les compétences concurrentes». *Tertius:* l'impératif de réalisation de la justice prévaut sur les manifestations de la volonté d'un Etat. *Quartus:* les euphémismes en vogue — tels que les formules à la fois vides de sens et erronées de «prolifération» des juridictions internationales ou de «fragmentation» du droit international — sont dépourvus de toute pertinence et font porter l'attention sur de faux problèmes de «délimitation» de compétence, faisant fi de la nécessité d'assurer aux justiciables un accès élargi à la justice.

65. *Quintus:* les juridictions internationales ont une *mission commune* consistant à rendre la justice, qui va au-delà de toute préoccupation de «délimitation» des compétences. *Sextus:* les mesures conservatoires ne sauraient être fondées sur des assurances ou «engagements» unilatéraux pris par l'une des parties au différend. *Septimus:* le fait de s'appuyer sur des assurances ou «engagements» unilatéraux s'est révélé source d'incertitudes et d'appréhensions; pareils actes sont propres au domaine des relations (diplomatiques) interétatiques, et ne sauraient servir de fondement au règlement judiciaire d'un différend international; *ex factis jus non oritur*.

66. *Octavus:* le règlement judiciaire d'un différend international a «une logique propre», qui ne saurait être assimilée à celle des relations diplo-

the perceived need of assertion that *ex injuria jus non oritur*. *Nonus:* To allow unilateral acts to be performed with the acceptance of subsequent "undertakings" or assurances ensuing therefrom would not only generate uncertainties, but also create *faits accomplis* threatening the certainty of the application of the law. *Decimus:* Facts only do not *per se* generate law-creating effects. Human values and the idea of objective justice stand above facts; *ex conscientia jus oritur*.

67. *Undecimus:* Arguments of alleged "national security", as raised in the *cas d'espèce*, cannot be made the concern of an international tribunal. Measures of alleged "national security", as raised in the *cas d'espèce*, are alien to the exercise of the international judicial function. *Duodecimus:* General principles of international law, such as the juridical equality of States (enshrined into Article 2 (1) of the United Nations Charter), cannot be obfuscated by allegations of "national security". *Tertius decimus:* The basic principle of the juridical equality of States, embodying the *idée de justice*, is to prevail, so as to discard eventual repercussions in international legal procedure of factual inequalities among States.

68. *Quartus decimus:* Due process of law, and the equality of arms *(égalité des armes)*, cannot be undermined by recourse by a contending party to alleged measures of "national security". *Quintus decimus:* Allegations of State secrecy or "national security" cannot interfere in the work of an international tribunal (in judicial or arbitral proceedings), carried out in the light of the principle of the proper administration of justice *(la bonne administration de la justice)*.

69. *Sextus decimus:* Provisional measures of protection cannot be erected upon unilateral "undertakings" or assurances ensuing from alleged "national security" measures; provisional measures of protection cannot rely on such unilateral acts, they are independent from them, they carry the authority of the international tribunal which ordered them. *Septimus decimus:* In the circumstances of the *cas d'espèce*, it is the Court itself that should keep custody of the documents and data seized and detained by a contending party; the Court should do so as master of its own jurisdiction, so as to prevent further irreparable harm.

70. *Duodevicesimus:* The inviolability of State papers and documents is recognized by international law, in the interests of the good administration of justice. *Undevicesimus:* The inviolability of the correspondence between States and their legal advisers is an international law obligation, not one derived from a unilateral "undertaking" or assurance by a State following its seizure of documents and data containing information belonging to another State.

71. *Vicesimus:* There is an autonomous legal regime of provisional measures of protection, in expansion in our times. This autonomous legal

matiques, ce d'autant moins qu'il apparaît nécessaire de réaffirmer la maxime *ex injuria jus non oritur*. *Nonus:* autoriser que des actes unilatéraux soient effectués et faire droit aux assurances ou «engagements» qui en découlent génère non seulement des incertitudes, mais aussi des faits accomplis qui mettent en péril l'application du droit. *Decimus:* les faits à eux seuls, et en tant que tels, n'ont pas d'effets en matière de création de droit. Les valeurs humaines et l'idée d'une justice objective l'emportent sur les faits; *ex conscientia jus oritur*.

67. *Undecimus:* les arguments relatifs à la «sécurité nationale», tels qu'ils ont été avancés dans le cas d'espèce, ne sauraient être pris en compte par une juridiction internationale. Les mesures prises pour des motifs de «sécurité nationale», comme cela a été allégué dans le cas d'espèce, sont étrangères à l'exercice de la fonction judiciaire internationale. *Duodecimus:* les principes généraux du droit international, tels que l'égalité juridique des Etats (consacrée au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies), ne sauraient être occultés par des allégations de «sécurité nationale». *Tertius decimus:* le principe fondamental de l'égalité juridique des Etats, qui donne corps à l'idée de justice, doit prévaloir, de sorte que les inégalités de fait entre Etats ne puissent avoir aucune incidence sur le règlement judiciaire des différends internationaux.

68. *Quartus decimus:* une partie à un litige ne saurait, en recourant à de prétendues mesures de «sécurité nationale», compromettre le caractère régulier de la procédure et l'égalité des armes. *Quintus decimus:* l'invocation de secrets d'Etat ou de la «sécurité nationale» ne saurait faire obstacle aux travaux d'une juridiction internationale (que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage), menée dans le respect du principe de la bonne administration de la justice.

69. *Sextus decimus:* les mesures conservatoires ne sauraient être fonction d'assurances ou d'«engagements» unilatéraux découlant de prétendues mesures de «sécurité nationale»; elles ne sauraient s'appuyer sur pareils actes unilatéraux, dont elles sont indépendantes; elles sont revêtues de l'autorité de la juridiction internationale qui décide de les indiquer. *Septimus decimus:* dans les circonstances du cas d'espèce, c'est la Cour elle-même qui aurait dû assurer la garde des documents et données saisis et détenus par l'une des Parties au litige; la Cour, qui a la maîtrise de sa propre compétence, aurait dû prendre cette décision de sorte à éviter tout nouveau préjudice irréparable.

70. *Duodevicesimus:* l'inviolabilité des papiers et documents d'Etat est reconnue par le droit international, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. *Undevicesimus:* l'inviolabilité des échanges de correspondance entre les Etats et leurs conseillers juridiques est une obligation de droit international, et non une obligation qui découle d'une assurance ou d'un «engagement» unilatéral pris par un Etat après avoir saisi des documents et données contenant des informations appartenant à un autre Etat.

71. *Vicesimus:* il existe un régime juridique autonome régissant les mesures conservatoires, régime qui se développe actuellement. Ce régime

regime comprises: *(a)* the rights to be protected, not necessarily the same as in the proceedings on the merits of the concrete case; *(b)* the corresponding obligations of the States concerned; *(c)* the legal consequences of non-compliance with provisional measures, distinct from those ensuing from breaches as to the merits. The acknowledgment of such autonomous legal regime is endowed with growing importance in our days.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

juridique autonome englobe: *a)* les droits devant être protégés, qui ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui sont en cause dans la procédure sur le fond; *b)* les obligations correspondantes des Etats concernés; *c)* les conséquences juridiques de l'inobservation des mesures conservatoires, qui sont différentes de celles qui découlent de manquements à des obligations de fond. Ce régime juridique autonome fait aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance croissante.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

DISSENTING OPINION OF JUDGE GREENWOOD

Legal criteria for indication of provisional measures — Necessity for caution on the part of the Court — Undertaking given by the Attorney-General of Australia dated 21 January 2014 — Formal undertaking given by a State is legally binding — Presumption that State will act in good faith in honouring its commitment to the Court — Undertaking sufficient to protect plausible rights of Timor-Leste from harm pending judgment on the merits — Effect of undertaking is that there is no real and imminent risk of irreparable harm to Timor-Leste's rights — Conditions for indication of provisional measures accordingly not satisfied in respect of seized material — Plausible rights of Australia not taken into account by Order — Real and imminent risk of Australia's interference with Timor-Leste's future communications with its lawyers.

1. Although I agree with much of the reasoning in the Order, I have voted against the first two paragraphs of the *dispositif*, because I consider that the undertaking given to the Court by the Attorney-General of Australia makes them unnecessary. I am also concerned that the Court, while rightly determined to protect the rights claimed by Timor-Leste, has ignored the rights asserted by Australia.

The Legal Criteria for the Indication of Provisional Measures of Protection

2. The Court's power to indicate provisional measures, pending a judgment on the merits, is conferred by Article 41 of the Statute, paragraph 1 of which provides — "The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party." While the language of Article 41 does not make this point clear, the Court has decided that "orders on provisional measures under Article 41 have binding effect" (*LaGrand (Germany* v. *United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109) and thus create international legal obligations for the parties (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 258, para. 263) the breach of which may itself give rise to action by the Court at the merits phase, even if the Court does not otherwise grant relief on the merits.

3. Most legal systems have developed a power of this kind to enable a court or tribunal to issue an interim order to ensure that the rights claimed by one or both parties are not negated by anything done by a party

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

*Critères juridiques régissant l'indication de mesures conservatoires — Nécessité pour la Cour de faire preuve de prudence — Engagement pris par l'*Attorney-General *de l'Australie le 21 janvier 2014 — Caractère juridiquement contraignant de l'engagement formel pris par un Etat — Présomption que l'Etat agira de bonne foi pour honorer son engagement envers la Cour — Engagement suffisant pour éviter qu'un préjudice soit causé aux droits plausibles du Timor-Leste dans l'attente de l'arrêt au fond — Engagement ayant pour effet d'écarter tout risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits du Timor-Leste — Conditions relatives à l'indication de mesures conservatoires n'ayant donc pas été remplies en ce qui concerne les éléments saisis — Absence de prise en compte, dans l'ordonnance, des droits plausibles de l'Australie — Risque réel et imminent d'ingérence de l'Australie dans les futures communications entre le Timor-Leste et ses avocats.*

1. Bien que je souscrive en grande partie au raisonnement suivi dans l'ordonnance, j'ai voté contre les deux premiers points du dispositif, que j'estime superflus en raison de l'engagement pris envers la Cour par l'*Attorney-General* de l'Australie. Je suis également préoccupé de ce que, alors qu'elle était à juste titre résolue à protéger les droits revendiqués par le Timor-Leste, la Cour a ignoré ceux qu'invoquait l'Australie.

LES CRITÈRES JURIDIQUES RÉGISSANT L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

2. La Cour tient son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en attendant de rendre un arrêt au fond du paragraphe 1 de l'article 41 du Statut, qui dispose qu'elle «a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire». Bien que cela ne ressorte pas clairement du libellé de cet article, la Cour a précisé que les «ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 [avaient] un caractère obligatoire» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 506, par. 109) et qu'elles créaient dès lors des obligations juridiques internationales à la charge des parties (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 258, par. 263), obligations dont l'inobservation peut elle-même donner lieu à une décision de la Cour au stade du fond, même si cette dernière ne fait pas autrement droit aux demandes présentées.

3. Dans la plupart des systèmes juridiques, les cours et tribunaux se sont vus conférer pareil pouvoir leur permettant de rendre, à titre provisoire, une ordonnance visant à s'assurer qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits invo-

between the commencement of a case and the final judgment on the merits (see, e.g., L. Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 234 (1992-III), p. 9). It is in the nature of such measures that they almost always have to be ordered at short notice and without the kind of detailed examination of the legal issues or the evidence which takes place when a court makes a decision on the merits. These are necessary features of a system of interim protection. Since provisional measures are a response to an urgent risk of irreparable harm, it would be impossible to make the indication of such measures contingent upon a court first establishing that it had jurisdiction, that the rights asserted actually existed and that they were applicable on the facts of the case. Nevertheless, the result is that the International Court of Justice, a court whose jurisdiction is derived from the consent of the parties (see, e.g., *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 39, para. 88), imposes a legal obligation upon a party before it decides whether that consent has been given and in order to protect rights the existence and application of which has not yet been established. A degree of caution in the exercise of the Court's powers under Article 41 is thus called for.

4. That caution manifests itself, first, in the conditions which the Court has developed, over the years, as prerequisites for the exercise of its power under Article 41 of the Statute. Thus, the Court must satisfy itself *(a)* that the jurisdictional provisions relied upon appear, prima facie, to afford a basis for the jurisdiction of the Court; *(b)* that the rights asserted are at least plausible, that is to say that there is a realistic prospect that when the Court rules upon the merits of the case they will be adjudged to exist and to be applicable; *(c)* that there exists a link between those rights and the measures to be ordered; and *(d)* that there is a real and imminent risk that, unless measures are ordered, irreparable harm will be caused to the rights in dispute before the Court gives its final decision on the merits (see, e.g., *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 17, para. 49, p. 18, para. 53, p. 20, para. 60 and pp. 21-22, paras. 63-64).

5. It is the way in which the Court has dealt with the fourth requirement in the present case which has forced me to dissent (see paragraphs 22-29, below). That requirement actually embraces several different but related elements all of which must be present if the Court is to indicate provisional measures. The first element is that the Court must be satisfied that there is a real and imminent risk that the rights which might be adjudged to belong to a party will suffer irreparable harm before judgment is given on the merits, so that, in that sense at least, the judgment on the merits would be rendered nugatory. The second element is that the

qués par l'une des parties ou les deux du fait d'une quelconque action de la partie adverse entre le début d'une affaire et le prononcé de la décision définitive au fond (voir, par exemple, L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1992-III), vol. 234, p. 9). De par leur nature même, les mesures ainsi indiquées doivent presque toujours l'être à brève échéance et sans qu'il soit procédé à l'examen approfondi des problèmes juridiques et moyens de preuve auquel la juridiction en question se livre lorsqu'elle rend une décision au fond. Telles sont nécessairement les caractéristiques d'un système de protection provisoire. Les mesures conservatoires constituant une réponse à un risque imminent de préjudice irréparable, il serait impossible de subordonner leur indication à l'obligation, pour la juridiction saisie, d'établir au préalable qu'elle a compétence et que les droits allégués existent réellement et sont bien applicables aux faits de l'espèce. Il n'en résulte pas moins que la Cour internationale de Justice, dont la compétence découle du consentement des parties (voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 39, par. 88), a la faculté d'imposer à l'une d'elles une obligation juridique avant d'avoir déterminé si ce consentement lui a été donné et aux fins de protéger des droits dont l'existence et l'applicabilité n'ont pas encore été établies. Aussi lui appartient-il de faire preuve d'une certaine prudence dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article 41.

4. Cette prudence se reflète tout d'abord dans les conditions que la Cour a au fil des ans définies comme devant constituer un préalable à l'exercice du pouvoir que lui confère l'article 41 du Statut, conditions qui lui imposent de s'assurer *a)* que les dispositions invoquées en matière de compétence semblent *prima facie* constituer une base susceptible de fonder sa juridiction; *b)* que les droits allégués sont à tout le moins plausibles, c'est-à-dire qu'il est réalistement permis de penser que, lorsqu'elle se prononcera sur le fond de l'affaire, la Cour reconnaîtra leur existence et leur applicabilité; *c)* qu'il existe un lien entre ces droits et les mesures devant être indiquées; et *d)* qu'il existe un risque réel et imminent que, en l'absence de telles mesures, un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour ne rende sa décision définitive au fond (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 17, par. 49, p. 18, par. 53, p. 20, par. 60, et p. 21-22, par. 63-64).

5. Si je me vois contraint d'exprimer une opinion dissidente (voir les paragraphes 22-29 ci-après), c'est en raison de la manière dont la Cour a, en la présente espèce, abordé la quatrième condition susmentionnée. En réalité, cette condition comprend plusieurs éléments différents mais néanmoins liés qui doivent être réunis pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires. Le premier d'entre eux est le fait que celle-ci doit s'assurer qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé, avant le prononcé de l'arrêt au fond, aux droits qu'une partie pourrait se voir reconnaître, préjudice qui, de ce point de vue au

measures which the Court is proposing to indicate must be considered necessary to prevent the occurrence of such harm. Implicit in that second element is a third one, namely that the measures should not go beyond what is considered necessary to achieve that end. That is particularly important where those measures may restrict — possibly for some years — the exercise by the party to whom they are directed of rights which that party may subsequently be found to possess.

6. The need for caution is also reflected in the Court's approach to the relationship between its role at the provisional measures and merits phases of a case. Proceedings for provisional measures are dealt with in the Rules of Court under the heading "incidental proceedings". They are incidental, or ancillary, to the proceedings on the merits in that the Court may order such measures only if to do so is necessary for the preservation of rights which it may, at the merits phase, decide belong to one of the parties and are applicable to the facts proven at that phase[1]. In this respect, I believe that it is misleading to speak of provisional measures as autonomous. They are autonomous only in the sense that a State may be held responsible for violation of a provisional measure notwithstanding that it prevails on the merits. In addressing a request for provisional measures, however, the Court has to be careful not to stray into matters which can properly be decided only at the merits phase. Thus, while the Court insists that measures will be ordered to protect claimed rights only if those rights are plausible, it should not go beyond that preliminary appraisal and do or say anything which prejudges questions which can only be decided on the merits after the Court has determined that it has jurisdiction and after it has had the benefit of full argument on the law and heard the evidence which the parties wish to put before it. Nor should the Court allow itself to be influenced, at the provisional measures stage, by consideration of the likely outcome on the merits.

7. Finally, while the Court may not indicate provisional measures unless the requirements set out in paragraph 4, above, are met, the fact that they are met does not oblige it to indicate such measures. Once those requirements are satisfied, the Court has a discretion, as the language of

[1] It might seem that the measure, frequently included in an order for provisional measures, by which the Court enjoins both parties to refrain from any action which might aggravate or extend the dispute (see, e.g., *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 27, para. 86 (3)) is an exception to this principle. In fact, the exception is more apparent than real. A measure of this kind is not normally free-standing but is indicated where the Court also indicates measures for the protection of rights. Moreover, the link to the merits is still present, since the dispute which the parties are required not to aggravate or extend is the dispute on which the Court is being asked to rule at the merits phase.

moins, rendrait l'arrêt inopérant. Le deuxième élément est le fait que les mesures que la Cour envisage d'indiquer doivent être jugées nécessaires pour empêcher qu'un tel préjudice se produise. Ce deuxième élément en contient implicitement un troisième, à savoir que les mesures ne doivent pas aller au-delà de ce qui apparaît indispensable pour atteindre l'objectif recherché. Cet aspect revêt une importance toute particulière lorsque les mesures en question pourraient limiter — peut-être même pendant plusieurs années — l'exercice, par la partie contre laquelle elles sont dirigées, de certains droits susceptibles de lui être reconnus ultérieurement.

6. La nécessité de faire preuve de prudence transparaît ensuite dans l'approche que la Cour a adoptée quant au rapport entre le rôle qu'elle doit jouer au stade des mesures conservatoires et celui qui est le sien lors de la phase de l'examen au fond. Dans le Règlement de la Cour, la procédure qui régit l'indication de mesures conservatoires est exposée sous l'intitulé «procédures incidentes». Il s'agit d'une procédure incidente, ou accessoire, à la procédure au fond en ce que la Cour n'a la faculté d'indiquer pareilles mesures que si celles-ci sont nécessaires pour préserver les droits qu'elle pourrait décider, au stade de l'examen au fond, de reconnaître à l'une des parties et de juger applicables aux faits qui auront alors été établis[1]. A cet égard, j'estime qu'il est abusif de qualifier les mesures conservatoires d'autonomes, puisqu'elles ne le sont qu'au sens où un Etat peut être tenu pour responsable de leur violation même s'il obtient gain de cause au fond. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'elle a à connaître d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour doit veiller à ne pas aborder des questions qui ne pourront être tranchées comme il convient qu'au stade du fond. Aussi ne devrait-elle pas, bien que soulignant qu'elle n'indique des mesures visant à protéger les droits revendiqués que si ceux-ci sont plausibles, aller au-delà de cette appréciation préliminaire en prenant des décisions ou en faisant des déclarations susceptibles de préjuger les questions qu'elle ne pourra trancher sur le fond qu'après avoir établi qu'elle a compétence et eu l'occasion d'examiner dans leur intégralité l'argumentation juridique et les éléments de preuve que les parties souhaitent lui présenter. La Cour ne doit pas non plus se laisser influencer, au stade des mesures conservatoires, par ce que pourrait être la solution au fond.

7. Enfin, quoique la Cour ne puisse indiquer des mesures conservatoires que si les conditions énoncées au paragraphe 4 ci-dessus sont remplies, le fait qu'elles le soient ne l'y oblige pas pour autant. Dès lors qu'il est satisfait à ces conditions, la Cour jouit en effet, ainsi que cela ressort

[1] Fréquemment incluse dans une ordonnance en indication de mesures conservatoires, la mesure par laquelle la Cour enjoint aux deux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 27, par. 86 3)) pourrait sembler déroger à ce principe. Tel n'est toutefois pas le cas: en effet, une telle mesure n'est normalement pas indiquée seule, mais aux côtés de mesures de protection de certains droits. En outre, il existe bel et bien un lien avec l'affaire au fond, puisque le différend que les parties sont invitées à ne pas aggraver ou étendre n'est autre que celui sur lequel la Cour est appelée à se prononcer au stade de l'examen au fond.

Article 41 of the Statute makes clear. In the exercise of that discretion, the Court has to consider carefully the rights asserted by both parties. In seeking to protect the plausible rights asserted by one party from irreparable harm, it should always be mindful of the effect which compliance with its Order may have on the ability of the other party to exercise plausible rights of its own. In some national jurisdictions this consideration has led courts to make the grant of interlocutory relief to a party subject to a requirement that that party undertake to indemnify the other party for the costs of compliance with the interlocutory order in the event that the first party is unsuccessful at the merits stage. This kind of condition affords some protection to the rights which may subsequently be adjudged to belong to the second party and makes interlocutory relief less one-sided. The International Court of Justice has never sought to impose such a condition and the nature of most of the cases which come before it (including the present case) is such that a financial indemnity of this kind would usually be neither sufficient nor appropriate. Nevertheless, that does not excuse the Court from the duty to ensure that any provisional measures which it might indicate do not achieve protection for the rights of one party at the expense of undue harm to the rights of the other. In this respect also a degree of caution is required.

Application of the Criteria to the Present Case

8. When one comes to apply these criteria to the facts of the present case, it becomes apparent that this case calls for particular sensitivity on the part of the Court. The background to the request by Timor-Leste for provisional measures is most unusual. First, in an arbitration which it has commenced, Timor-Leste alleges that Australian officials engaged in conduct on the territory of Timor-Leste, as a result of which Australia obtained an unfair advantage in treaty negotiations with Timor-Leste. In advancing this allegation, Timor-Leste proposes to rely upon the testimony of a former officer of the Australian Secret Intelligence Service ("ASIS"). Secondly, Timor-Leste maintains that officers of the Australian Security Intelligence Organisation ("ASIO"), in violation of Timor-Leste's rights under international law, seized documents relating to the first allegation and other papers concerning Timor-Leste's legal position vis-à-vis Australia from the Canberra office of an Australian lawyer who is advising Timor-Leste. Thirdly, Australia maintains that the public statements made by Timor-Leste and its Australian lawyer suggest that a former ASIS officer committed a crime under Australian law in disclosing information about ASIS activities and may thereby have endangered the national security of Australia, including putting at risk the lives of other ASIS officers.

clairement du libellé de l'article 41 du Statut, d'un pouvoir discrétionnaire. Elle doit alors examiner soigneusement les droits allégués par chacune des deux parties et, aux fins de protéger d'un préjudice irréparable les droits plausibles invoqués par l'une d'elles, garder toujours à l'esprit l'effet que le respect de son ordonnance est susceptible d'avoir sur la faculté de l'autre partie d'exercer les droits plausibles qui sont les siens. Cela a amené les juridictions de certains pays à subordonner l'indication de mesures provisoires en faveur d'une partie à la condition qu'elle s'engage, si elle devait être déboutée au fond, à indemniser la partie adverse à raison des frais supportés par celle-ci pour se conformer à l'ordonnance provisoire. Pareille condition confère une certaine protection aux droits qui pourraient être reconnus ultérieurement à la seconde partie et atténue le caractère unilatéral des mesures provisoires. La Cour internationale de Justice n'a toutefois jamais souhaité l'imposer, la nature de la plupart des affaires dont elle est saisie (dont la présente) étant par ailleurs telle qu'une indemnisation financière de ce type ne serait ni suffisante ni appropriée. Cela ne dispense cependant pas la Cour de son devoir de faire en sorte que toute mesure conservatoire qu'elle pourrait indiquer, tout en protégeant les droits d'une partie, ne cause pas un préjudice indu à ceux de la partie adverse. Là encore, une certaine prudence est de mise.

L'APPLICATION DES CRITÈRES EN LA PRÉSENTE ESPÈCE

8. Pour en venir à l'application des critères susmentionnés aux faits de l'espèce, il apparaît que celle-ci requérait des précautions particulières de la part de la Cour, le contexte dans lequel le Timor-Leste a présenté sa demande en indication de mesures conservatoires étant pour le moins inhabituel, et ce, à plusieurs titres. Premièrement, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage qu'il a engagée, celui-ci a allégué que des fonctionnaires australiens s'étaient livrés, sur son territoire, à des actes ayant permis à l'Australie d'obtenir un avantage déloyal dans la négociation d'un traité conclu entre les deux Etats, allégation que le Timor-Leste entend étayer par le témoignage d'un ancien agent du service de renseignement extérieur de l'Australie (Australian Secret Intelligence Service (ASIS)). Deuxièmement, il soutient que, en violation des droits que lui confère le droit international, des agents du service de renseignement intérieur de l'Australie (Australian Security Intelligence Organisation (ASIO)) ont saisi, dans les locaux professionnels de Canberra d'un avocat australien qui le conseille, des documents ayant trait, d'une part, à sa première allégation et, d'autre part, à sa position juridique vis-à-vis de l'Australie. Troisièmement, l'Australie affirme, quant à elle, que les déclarations publiques faites par le Timor-Leste et son avocat australien donnent à penser qu'un ancien agent de l'ASIS s'est rendu coupable d'une infraction pénale au regard du droit australien en divulguant des informations sur les activités de ce service et pourrait ainsi avoir compromis sa sécurité nationale, notamment en mettant en danger la vie d'autres agents dudit service.

9. Even this brief summary of this background suggests that the Court needs to be especially cautious in the present case. In the first place, important elements of this background are the subject of proceedings before another tribunal and are not, therefore, matters on which this Court can pronounce, or by which it should be influenced. It is for the arbitration tribunal, not the Court, to decide whether Timor-Leste's allegations that Australia bugged its government offices in Dili and thus obtained important information regarding Timor-Leste's stance in the negotiation of a treaty on the resources of the Timor Sea are well-founded and, if so, what are the consequences for the validity of the treaty and the responsibility of Australia. Whether a former ASIS officer has violated the criminal law of Australia is a matter for the Australian courts. The issue before this Court is confined to the allegations regarding the seizure of documents from the office of Timor-Leste's Australian lawyer and the justification which might be put forward by Australia for that seizure. Moreover, that issue is one for the merits phase of the present proceedings. The need which arises in all provisional measures cases to ensure that the Court does not stray into matters which can only be considered on the merits is here complicated by the fact that the merits of the case before the Court are bound up with, but have to be kept separate from, the merits of the proceedings before the arbitration tribunal and any proceedings which might be brought before the Australian courts.

10. The task of the Court is also complicated by the nature of the allegations. The adjudication of issues involving national security is seldom an easy matter. In the present case the national security of both Timor-Leste and Australia is potentially at stake. The handling of intelligence material and allegations regarding the activities of intelligence services is notoriously difficult in any legal system. This consideration compounds the difficulty which always faces the Court at the provisional measures stage of a case, namely that there is very little evidence or information regarding the facts before the Court. In the present case, Timor-Leste is understandably concerned that the raid on its lawyer's office has placed in the hands of the Australian Government legal and technical advice and correspondence which could give Australia a marked, and most unfair, advantage in the arbitration proceedings and in any future negotiations with Timor-Leste over the Timor Sea but it is unsure precisely what documents Australia has in its possession. Australia, having sealed the documents in response to the request of the President (Order, paras. 9 and 37) has told the Court that it does not know what is in those documents (see the statements by the Solicitor-General of Australia (CR 2014/4, pp. 9 and 17 (Gleeson))) but expresses concern that they may contain information relevant to safeguarding the lives of members of its intelligence services and its methods of gathering intelligence. The Court is thus obliged to proceed in a difficult matter with even less

9. Ce bref exposé du contexte souligne à lui seul la nécessité, pour la Cour, de se montrer particulièrement prudente en la présente espèce. En premier lieu, étant donné que certains éléments importants de ce contexte font l'objet d'une procédure devant une autre juridiction, ils ne constituent pas des questions sur lesquelles la Cour peut se prononcer ou par lesquelles elle devrait se laisser influencer. C'est au tribunal arbitral, et non à la Cour, qu'il revient de statuer sur le bien-fondé de l'affirmation du Timor-Leste selon laquelle l'Australie aurait installé des micros dans les bureaux de son gouvernement à Dili et obtenu ainsi des informations importantes sur sa position dans le cadre des négociations concernant un traité relatif aux ressources de la mer de Timor; c'est aussi au tribunal qu'il revient de statuer, le cas échéant, sur les conséquences de ces agissements du point de vue de la validité dudit traité et de la responsabilité de l'Australie. Quant à la question de savoir si un ancien agent de l'ASIS a violé le droit pénal australien, elle doit être tranchée par les juridictions australiennes compétentes. La Cour ne peut donc se prononcer que sur les allégations relatives à la saisie de documents dans les locaux de l'avocat australien du Timor-Leste et sur les justifications que l'Australie pourrait avancer à cet égard. Encore ce point doit-il être réservé à la phase de l'examen au fond de la présente instance. S'il convient que la Cour, dans toute affaire dans laquelle lui a été présentée une demande en indication de mesures conservatoires, veille à ne pas aborder des questions qui ne pourront être examinées qu'au stade du fond, cet aspect était, en l'espèce, compliqué par le fait que le fond du différend dont elle est saisie, quoique lié à celui de la procédure soumise au tribunal arbitral et de toute action susceptible d'être engagée devant les juridictions australiennes, doit en rester distinct.

10. La Cour voit également sa tâche compliquée par la nature des allégations formulées par les Parties. Il est rarement aisé de statuer sur des questions ayant trait à la sécurité nationale. Or, en la présente affaire, tant celle du Timor-Leste que celle de l'Australie peut se révéler être en jeu. Comme chacun sait, le traitement d'éléments provenant de services de renseignement ainsi que d'assertions portant sur les activités de ces services est ardu quel que soit le système juridique dans lequel on se trouve. Cela a encore accru la difficulté qui se pose toujours à la Cour au stade des mesures conservatoires, à savoir qu'elle ne dispose que de fort peu de moyens de preuve ou d'informations concernant les faits qui lui sont soumis. En l'espèce, il est parfaitement compréhensible que le Timor-Leste redoute que la perquisition effectuée dans les locaux professionnels de son avocat ait permis au Gouvernement australien d'avoir connaissance de conseils juridiques et techniques ainsi que d'échanges de correspondance susceptibles de donner à l'Australie, de manière pour le moins inéquitable, un net avantage dans le cadre de la procédure d'arbitrage et d'une éventuelle négociation à venir avec le Timor-Leste au sujet de la mer de Timor. Celui-ci ne sait cependant pas exactement quels documents sont en la possession de l'Australie. Cette dernière, pour sa part, a indiqué à la Cour que, les ayant placés sous scellés pour faire suite à la demande du président (ordonnance, par. 9 et 37), elle n'en connaissait pas la teneur (voir les déclarations du *Solicitor-General* de l'Australie (CR 2014/4, p. 9 et 17 (Gleeson))), mais

information than it would usually have on a request for provisional measures.

11. None of this means that the Court should be deterred from exercising its powers under Article 41 of the Statute. The Court has a responsibility to do what it can to ensure that plausible rights asserted by a State in proceedings before it are not irreparably damaged before the Court rules on jurisdiction or merits. Nevertheless, it does suggest that the Court must tread carefully, ensuring that the criteria for the indication of provisional measures are indeed met, that it is sensitive to the plausible rights of both Parties and that it does not go beyond what is necessary for the protection of the rights of either.

12. I agree with the Court that the first three requirements for the indication of provisional measures are met. That the provisions relied upon by Timor-Leste to found the jurisdiction of the Court appear, at least prima facie, to afford a basis of jurisdiction is clear beyond doubt and is not challenged by Australia[2]. The Order quite rightly finds that Timor-Leste has demonstrated that it has plausible rights. I agree both with the Court's definition of those plausible rights — "namely, the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia, including the right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers" (Order, para. 28) — and with its implicit decision that it is unnecessary at the present stage of the proceedings to enquire into the broader rights asserted by Timor-Leste. I am not sure that those rights may be derived from Articles 2 (1) and 2 (3) of the United Nations Charter, as opposed to a general principle of law concerning the confidentiality of communications with legal advisers, but that is a matter for the merits. Finally, I agree that there is a link between the rights asserted by Timor-Leste and the measures which the Court has indicated.

13. Where I must part company with the Court is in the application of the fourth requirement, namely that the measures must be necessary to prevent a real and imminent risk of irreparable harm to those rights. The majority has found that such a risk exists notwithstanding the undertaking given by the Attorney-General of Australia to the Court. I do not agree. Save in one respect, I believe that the undertaking is sufficient to prevent the harm feared by Timor-Leste. To see why that is so, it is necessary to examine the undertaking in some detail.

[2] Australia has, however, reserved the right to challenge the jurisdiction of the Court or the admissibility of the Application at a later stage.

s'est dite préoccupée de ce que ces documents puissent contenir des informations importantes pour la vie de membres de ses services de renseignement et l'intégrité de ses méthodes de collecte de renseignements. La Cour s'est donc vue contrainte de traiter une question délicate en disposant de moins d'informations encore que cela n'est habituellement le cas dans le cadre d'une demande en indication de mesures conservatoires.

11. Cela ne signifie toutefois nullement que la Cour aurait dû s'abstenir d'exercer les pouvoirs que lui confère l'article 41 du Statut. En effet, elle a la responsabilité de tout mettre en œuvre pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux droits plausibles allégués par un Etat partie à une procédure devant elle avant de statuer sur sa compétence ou au fond. Ce nonobstant, les considérations qui précèdent donnent à penser qu'elle devait faire preuve de prudence, en s'assurant qu'il avait bien été satisfait aux critères régissant l'indication de mesures conservatoires, en tenant compte des droits plausibles des deux Parties et en n'allant pas au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger les droits de chacune d'elles.

12. Je suis d'accord avec la Cour pour estimer qu'il a été satisfait aux trois premiers critères régissant l'indication de mesures conservatoires. Il ne fait aucun doute que les dispositions que le Timor-Leste a invoquées à cet effet constituent, au moins *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée, ce que l'Australie n'a d'ailleurs pas contesté[2]. Dans son ordonnance, la Cour a en outre considéré à juste titre que le Timor-Leste avait démontré qu'il possédait des droits plausibles. A cet égard, je souscris aussi bien à la définition qu'elle a donnée de ces droits plausibles, «à savoir le droit de conduire une procédure d'arbitrage ou des négociations sans ingérence de la part de l'Australie, y compris le droit à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et à la non-ingérence dans lesdites communications» (ordonnance, par. 28), qu'au fait qu'elle n'ait pas jugé utile, à ce stade de l'instance, de se pencher sur les droits plus généraux allégués par le Timor-Leste. Je ne suis pas certain que ces droits puissent être déduits des paragraphes 1 et 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies plutôt que d'un principe général de droit concernant la confidentialité des communications avec des conseillers juridiques, mais il s'agit là d'une question de fond. Enfin, je conviens qu'il existe bien un lien entre les droits allégués par le Timor-Leste et les mesures que la Cour a indiquées.

13. En revanche, je ne partage pas les vues de la Cour en ce qui concerne l'application du quatrième critère, qui exige que les mesures indiquées soient nécessaires pour prévenir un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en question. Je ne suis pas d'accord avec la majorité, qui a jugé que ce risque existait en dépit de l'engagement pris envers la Cour par l'*Attorney-General* de l'Australie. Hormis sur un point, je pense au contraire que cet engagement était suffisant pour prévenir le préjudice redouté par le Timor-Leste. Pour le comprendre, il convient d'examiner ledit engagement plus avant.

[2] L'Australie s'est toutefois réservé le droit de contester à un stade ultérieur la compétence de la Cour ou la recevabilité de la requête.

14. Australia has given more than one undertaking to this Court and to the arbitration tribunal but it is only the undertaking dated 21 January 2014 that is relevant to whether or not there exists a risk of irreparable harm. The other undertakings were either subsumed by this one or are concerned only to preserve the status quo pending the Court's ruling on the request for provisional measures. Thus, following the letter of 18 December 2013 from the President of the Court, in the exercise of his powers under Article 74 (4) of the Rules of Court (Order, para. 9), Australia placed the documents under seal and undertook that no official of Australia would have access to them until the Court rendered its decision on the request for provisional measures (*ibid.*, para. 37). While this undertaking was a very proper response to the President's letter, it will expire on the delivery of the present Order and is therefore of no relevance to the question whether provisional measures are necessary in respect of the period which will elapse between the Order and the final judgment of the Court.

15. The undertaking of 21 January 2014 is of an entirely different character. In a letter of that date, the Attorney-General stated that:

"Whereas

A. I am the Attorney-General of the Commonwealth of Australia, having responsibility, *inter alia*, for the administration of the Australian Security Intelligence Organisation Act 1979 and for the conduct of these proceedings; and

B. I am aware that the Australian Security Intelligence Organisation ('ASIO') executed a warrant at premises occupied by the law firm of Mr. Bernard Collaery and that in execution of that warrant, certain material ('the Material') was taken into possession by ASIO; and

C. On 19 December 2013, I made a written undertaking to an Arbitral Tribunal constituted under the 2002 Timor Sea Treaty relating to restrictions on the use of the Material; and

D. On 20 January 2014, the Government of Timor-Leste raised before the International Court of Justice ('the Court') concerns relating to the use of the Material in contexts unrelated to the arbitration.

I declare to the Court that:

1. I have not become aware or sought to inform myself of the content of the Material or any information derived from the Material; and
2. I am not aware of any circumstance which would make it neces-

14. L'Australie a pris plusieurs engagements devant la Cour et le tribunal arbitral, mais seul celui du 21 janvier 2014 était pertinent aux fins de déterminer s'il existait ou non un risque de préjudice irréparable. C'est qu'en effet les autres engagements étaient soit implicitement contenus dans celui-ci, soit uniquement destinés à maintenir le *statu quo* en attendant que la Cour se prononce sur la demande en indication de mesures conservatoires. Ainsi, comme suite à la lettre datée du 18 décembre 2013 que le président de la Cour lui avait adressée dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement (ordonnance, par. 9), l'Australie avait placé les documents sous scellés et s'était engagée à ce qu'aucun de ses fonctionnaires n'en prenne connaissance avant que la Cour ne rende sa décision sur la demande en indication de mesures conservatoires (*ibid.*, par. 37). Bien que cet engagement ait constitué une réponse tout à fait appropriée à la lettre du président, il expirait à la lecture de la présente ordonnance et était donc dépourvu de pertinence aux fins d'établir si des mesures conservatoires étaient nécessaires en ce qui concerne la période qui s'écoulerait entre la lecture de l'ordonnance et le prononcé de l'arrêt définitif de la Cour.

15. L'engagement du 21 janvier 2014, en revanche, était d'une tout autre nature, puisque, dans une lettre datée de ce même jour, l'*Attorney-General* avait précisé ce qui suit :

« Attendu que,

A. En ma qualité d'*Attorney-General* du Commonwealth d'Australie, je suis notamment chargé de l'administration de l'Australian Security Intelligence Organisation Act de 1979 et de la conduite de la présente procédure ;

B. Je suis informé de ce que le service de renseignement intérieur de l'Australie (Australian Security Intelligence Organisation (ASIO)) a exécuté un mandat de perquisition dans les locaux occupés par le cabinet de M. Bernard Collaery, et pris possession, à cette occasion, de certains éléments (ci-après « les éléments en cause ») ;

C. Le 19 décembre 2013, j'ai pris, auprès du tribunal arbitral constitué en application du traité de 2002 relatif à la mer du Timor, un engagement écrit prévoyant des restrictions en ce qui concerne l'utilisation des éléments en cause ;

D. Le 20 janvier 2014, le Gouvernement du Timor-Leste a exprimé, devant la Cour internationale de Justice (ci-après « la Cour »), des préoccupations au sujet de l'utilisation des éléments en cause en dehors du cadre de l'arbitrage.

Je déclare à la Cour que :

1. Je n'ai moi-même pas pris connaissance et n'ai pas cherché à prendre connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;
2. Aucune circonstance ne nécessite, pour autant que je sache, que

sary for me to inform myself of the content of the Material or any information derived from the Material; and

3. I have given a Direction to ASIO that the content of the Material and any information derived from the Material, is not under any circumstances to be communicated to any person for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions) until final judgment in this proceeding or until further or earlier order from the Court.

I undertake to the Court that until final judgment in this proceeding or until further or earlier order of the Court:

1. I will not make myself aware or otherwise seek to inform myself of the content of the Material or any information derived from the Material; and
2. Should I become aware of any circumstance which would make it necessary for me to inform myself of the Material, I will first bring that fact to the attention of the Court, at which time further undertakings will be offered; and
3. The Material will not be used by any part of the Australian Government for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions); and
4. Without limiting the above, the Material, or any information derived from the Material, will not be made available to any part of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations, or relating to the conduct of:

   (a) these proceedings; and

   (b) the proceedings in the Arbitral Tribunal referred to in Recital C."

As the present Order records, the Agent of Australia stated before the Court that the Attorney-General had the authority to bind Australia as a matter of both Australian and international law (CR 2014/2, p. 9 (Reid) and CR 2014/4, p. 27 (Reid), quoted in paragraph 44 of the Order).

16. The Attorney-General's undertaking was clarified by the answers given by Australia to questions asked by Members of the Court. In response to the question "[u]nder what circumstances would the undertaking of the Attorney-General expire prior to this Court's Judgment" (CR 2014/2, p. 49), the Solicitor-General of Australia replied:

> "it will not expire. All the words in question were intended to do was to allow for a possible variation after the Court so ordered. There are no circumstances, other than those referred to in subparagraph 2,

je prenne connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;

3. J'ai donné pour instruction à l'ASIO de faire en sorte que le contenu des éléments en cause et toutes informations qui en découleraient ne soient, en aucune circonstance, divulgués à quiconque et à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites), jusqu'à ce que la Cour ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur.

Je prends devant la Cour, jusqu'à ce que celle-ci ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur, l'engagement

1. De ne pas prendre moi-même connaissance ni chercher de quelque autre manière à avoir connaissance du contenu des éléments en cause ou de toutes informations qui en découleraient ;
2. Dans le cas où serait portée à ma connaissance une circonstance, quelle qu'elle soit, qui nécessiterait que je prenne connaissance de ces éléments et données, d'en informer tout d'abord la Cour, et de prendre alors devant elle d'autres engagements ;
3. De faire en sorte qu'aucune entité du Gouvernement australien n'utilise lesdits éléments à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites) ;
4. De faire en sorte, sans préjudice de ce qui précède, qu'aucune entité du Gouvernement australien ne puisse avoir accès auxdits éléments et à toutes informations qui en découleraient à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer du Timor ou aux négociations à ce sujet, ou à la conduite de :

a) la présente procédure et
b) l'arbitrage mentionné au point C ci-dessus. »

Ainsi que cela a été consigné dans la présente ordonnance, l'agent du défendeur a indiqué devant la Cour que l'*Attorney-General* avait le pouvoir de prendre des engagements liant l'Australie au regard tant du droit australien que du droit international (CR 2014/2, p. 9 (Reid) et CR 2014/4, p. 27 (Reid), cités au paragraphe 44 de l'ordonnance).

16. L'Australie a précisé l'engagement de son *Attorney-General* en répondant aux questions qui lui ont été posées par certains membres de la Cour. Ainsi, en réponse à la question de savoir « dans quelles circonstances l'engagement de l'*Attorney-General* expirerait ... avant l'arrêt de la Cour » (CR 2014/2, p. 49), le *Solicitor-General* de l'Australie a indiqué ce qui suit :

« l'engagement n'expirera pas. Il s'agissait simplement de ménager la possibilité d'un autre cas de figure, faisant suite à la décision de la Cour. Aucune circonstance autre que celles qui sont mentionnées au

> which would require a variation. The purpose of subparagraph 2 was that if circumstances arose where it became necessary — for reasons currently unanticipated — for the Attorney-General to inform himself of the material, Australia will first bring the matter to [the Court], on notice to Timor-Leste, and will not act before [the Court has] been able to consider the matter." (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

The undertaking was thus of indefinite duration and would be varied only with the consent of the Court.

17. Australia was also asked about the relationship between subparagraph (3) and subparagraph (4) of the undertaking "in light of the fact that subparagraph (4) begins with the phrase 'without limiting the above'". The question was:

> "If Australia wishes, for 'national security purposes', to provide the material or information derived from the material to a part of the Australian Government that has responsibility for the matters described in subparagraph (4), could it do so consistent with the Undertaking?" (CR 2014/2, p. 49.)

The Solicitor-General's answer was categorical —

> "The answer to your second question is 'no'.
>
> The purpose of subparagraph (4) was only to clarify that matters concerning the Timor Sea and related negotiations, as well as the conduct of these Court proceedings and of the Tribunal, fall outside the 'national security' purpose referred to in subparagraph (3)." (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

In other words, Australia was undertaking that, except with the consent of the Court, none of the material seized, or information derived therefrom, would be communicated to anyone involved in the proceedings before this Court or the proceedings before the arbitration tribunal or anyone who might become involved in any future negotiations regarding the Timor Sea which might take place between Australia and Timor-Leste.

18. The undertaking related to future disclosure of the material seized or information derived therefrom but, in answer to another question from a Member of the Court (CR 2014/2, p. 49), the Solicitor-General of Australia gave an undertaking that no information derived from that material or notes taken during the execution of the search warrant had already been disclosed to persons involved in the arbitration proceedings or who might be involved in any future negotiations regarding the Timor Sea (CR 2014/4, pp. 20-21 (Gleeson)).

19. Lastly, a Member of the Court asked Australia:

> "In the event of a prosecution in Australia, will any of the documents seized or information derived from those documents be dis-

deuxième point ne l'exigerait. Ce deuxième point visait à préciser que si de nouvelles circonstances imposaient — pour des raisons que nous n'envisageons pas actuellement — à l'*Attorney-General* de prendre connaissance du contenu des documents, l'Australie commencerait par en informer la Cour, en en avisant le Timor-Leste, et s'abstiendrait d'agir avant que celle-ci n'ait pu se pencher sur la question.» (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

Il s'agissait donc d'un engagement sans limitation de durée, ne pouvant être modifié qu'avec le consentement de la Cour.

17. L'Australie a également été interrogée sur le lien entre les troisième et quatrième points de l'engagement, «étant donné que ce dernier [le quatrième point] [contenait] l'expression «sans préjudice de ce qui précède»». La question était la suivante:

«Si l'Australie souhaite, «à des fins de sécurité nationale», fournir des éléments ou informations qui auraient été obtenus à une entité du Gouvernement australien exerçant des responsabilités dans les domaines décrits au point 4, pourrait-elle le faire tout en respectant l'engagement de l'*Attorney-General*?» (CR 2014/2, p. 49.)

Le *Solicitor-General* s'est montré formel:

«La réponse à la seconde question ... est «non».

Le quatrième point avait pour seul objectif de préciser que les questions concernant la mer de Timor et les négociations y afférentes, ainsi que la conduite des procédures devant la présente Cour et le tribunal, ne relevaient pas des questions de «sécurité nationale» visées au troisième point.» (CR 2014/4, p. 20 (Gleeson).)

Autrement dit, l'Australie s'était engagée à ne communiquer, hormis avec le consentement de la Cour, aucun des éléments saisis, ou des informations qui en découleraient, à quiconque participant aux procédures devant la Cour ou le tribunal arbitral, ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations entre l'Australie et le Timor-Leste concernant la mer de Timor.

18. L'engagement portait sur une divulgation future des éléments saisis ou des informations qui en découleraient, mais, en réponse à une autre question d'un membre de la Cour (CR 2014/2, p. 49), le *Solicitor-General* de l'Australie a assuré que, à ce stade, aucune information découlant desdits éléments ou de notes qui auraient été prises pendant l'exécution du mandat de perquisition n'avait été communiquée à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations concernant la mer de Timor (CR 2014/4, p. 20-21 (Gleeson)).

19. Enfin, un membre de la Cour a posé à l'Australie la question suivante:

«Dans l'hypothèse où une action serait engagée en Australie, un quelconque document saisi ou renseignement obtenu à partir des

closed in court in such a way that those documents or that information will be likely to come to the notice of persons involved in the arbitration, in the proceedings in this Court or in any negotiations [regarding the Timor Sea]?" (CR 2014/2, pp. 49-50.)

The Solicitor-General replied:

"[I]f the documents remain in the hands of ASIO or the prosecutors, Australia's approach would be to make the appropriate application to the Court [i.e., the Australian court] under the National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004 which can be applied to ensure that the information does not come to the notice of persons referred to in the question.

The Attorney-General undertakes to you that in the event of such a prosecution, he will direct the Commonwealth Director of Public Prosecutions to invoke the relevant provisions of that Act. And, in the unlikely event that a prosecution took place before the resolution of this matter, the Attorney-General, through me, undertakes that he will inform the Court [i.e., the Australian court before which the prosecution takes place] of the undertaking I have just given you, he will seek the appropriate orders to limit the dissemination of the information. And in the unlikely event the orders were not made, the Attorney-General will bring the matter back to this Court before any further action is taken in Australia." (CR 2014/4, p. 21 (Gleeson).)

20. The Court has in the past taken into account a formal undertaking regarding future conduct of the kind given by Australia and concluded that, in the light of that undertaking, no risk of irreparable harm existed (see *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 155, paras. 71-72). It has also taken note of a formal undertaking in proceedings before the Court as to an existing state of affairs (see *Maritime Dispute (Peru* v. *Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 65, para. 178). As the Court says in the present Order,

"[t]he Court has no reason to believe that the written undertaking dated 21 January 2014 will not be implemented by Australia. Once a State has made such a commitment concerning its conduct, its good faith in complying with that commitment is to be presumed." (Order, para. 44.)

21. It is implicit in paragraph 44 of the Order and in the approach taken by the Court in *Belgium* v. *Senegal* that a formal undertaking of the kind given by Australia in proceedings before the Court is legally binding as a matter of international law and creates legal obligations for the State that makes it.

documents saisis sera-t-il divulgué dans le cadre de la procédure, de sorte qu'il pourrait être porté à la connaissance de personnes participant à l'arbitrage, à la procédure devant la présente Cour ou à toute négociation [concernant la mer de Timor]?» (CR 2014/2, p. 49-50.)

La réponse du *Solicitor-General* a été la suivante:

«[S]i les documents se trouvent toujours en la possession de l'ASIO ou du parquet, l'Australie saisira le tribunal [c'est-à-dire le tribunal australien] conformément au National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act de 2004 [loi de 2004 sur le renseignement en matière de sécurité nationale (procédures pénale et civile)] ... afin de garantir que les personnes en question ne prennent pas connaissance des informations.

En pareil cas, l'*Attorney-General* s'engage vis-à-vis de la Cour à donner pour instruction au Commonwealth Director of Public Prosecutions d'invoquer les dispositions pertinentes de cette loi. Et, dans l'hypothèse improbable où des poursuites seraient engagées avant le règlement du présent différend, l'*Attorney-General* s'engage, par mon intermédiaire, à informer le tribunal concerné [c'est-à-dire le tribunal australien qui aura été saisi] de l'engagement que je viens de prendre auprès de vous, et demandera que soient ordonnées les mesures nécessaires pour limiter la diffusion des informations. Enfin, dans l'hypothèse non moins improbable où de telles mesures ne seraient pas prises, l'*Attorney-General* en référera à la Cour avant que ne soit prise toute nouvelle initiative en Australie.» (CR 2014/4, p. 21 (Gleeson).)

20. Par le passé, la Cour a déjà tenu compte d'un engagement formel quant à un comportement futur — engagement comparable à celui qu'a pris l'Australie en la présente espèce — et conclu que, au vu de cet engagement, il n'existait aucun risque de préjudice irréparable (voir *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 155, par. 71-72). Dans une autre instance introduite devant elle, la Cour a également pris note d'un engagement formel portant sur une situation existante (voir *Différend maritime (Pérou c. Chili), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 65, par. 178). Ainsi qu'elle l'a indiqué dans la présente ordonnance,

«[l]a Cour n'a aucune raison de penser que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 ne sera pas respecté par l'Australie. Dès lors qu'un Etat a pris un tel engagement quant à son comportement, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi.» (Ordonnance, par. 44.)

21. Il ressort implicitement du paragraphe 44 de l'ordonnance et de l'approche de la Cour en l'affaire *Belgique c. Sénégal* qu'un engagement formel tel que celui de l'Australie, pris au cours d'une instance introduite devant la Cour, est juridiquement contraignant au regard du droit international et qu'il crée des obligations juridiques pour l'Etat qui le contracte.

22. Should the Court, therefore, have followed the same course that it adopted in *Belgium* v. *Senegal* and treated the Australian undertaking (as clarified in the hearings before the Court) as sufficient to demonstrate that there was no real and imminent risk of irreparable harm? To answer that question, it is necessary to look both at the right, as defined by the Court, and the risks identified by Timor-Leste and the Court.

23. The principal claim of Timor-Leste, which the Court considered had been established as plausible and thus deserving, if the other requirements were satisfied, of protection by means of provisional measures was "[the] right to communicate with its counsel and lawyers in a confidential manner with regard to issues forming the subject-matter of pending arbitral proceedings and future negotiations between the Parties" (Order, para. 27; see also para. 28). The risk of irreparable harm to this right identified by Timor-Leste was the risk that the material seized from its lawyer's office, or information derived therefrom, would find its way into the hands of those responsible on the part of Australia for the conduct of the arbitration or any future negotiations. Thus, counsel for Timor-Leste told the Court

> "The essence of what we seek is to ensure that the illegally seized materials should not be made available to any person having any role in connection with Australian diplomatic or commercial relations with Timor-Leste over the Timor Sea and its resources. This includes, but is not limited to, any person having any role in relation to the Arbitration." (CR 2014/1, pp. 33-34 (Sir Michael Wood).)

24. It was that risk of a detrimental effect on Timor-Leste's position in the arbitration and in any future negotiations which would arise if the seized material was divulged to any person involved in the arbitration or likely to be involved in any future negotiations on the Australian side which was the decisive consideration for the Court (see Order, para. 42).

25. Yet that is precisely the risk which the Attorney-General's undertaking, if complied with, would prevent. As clarified before the Court, that undertaking is that:

(1) none of the seized material or any information derived therefrom has so far been divulged to any person involved in the arbitration or the Court proceedings or who may be likely to be involved in any future Timor Sea negotiations;

(2) none of the seized material or any information derived therefrom will be divulged to any person involved in the arbitration or the Court proceedings or who may be likely to be involved in any future Timor Sea negotiations until after the Court has given its final judgment in the case;

22. Dès lors, la Cour aurait-elle dû suivre l'approche qu'elle avait adoptée en l'affaire *Belgique c. Sénégal* et considérer que l'engagement australien (tel que précisé à l'audience) suffisait à démontrer qu'il n'existait pas de risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner à la fois le droit en cause, tel que défini par la Cour, et les risques identifiés par le Timor-Leste et par elle-même.

23. Le droit faisant l'objet de la demande principale du Timor-Leste, dont la Cour a jugé que la plausibilité avait été établie et que, partant, il devait être protégé au moyen de mesures conservatoires (pour autant que les autres conditions soient remplies), était le «droit de communiquer de manière confidentielle avec ses conseils et avocats au sujet de questions faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours et de futures négociations entre les Parties» (ordonnance, par. 27; voir également par. 28). Quant au risque, identifié par le Timor-Leste, qu'un préjudice irréparable soit causé à ce droit, il était que les éléments saisis dans les locaux professionnels de son avocat, ou les informations qui en découleraient, parviennent aux responsables de la conduite de l'arbitrage ou d'éventuelles futures négociations au nom de l'Australie. C'est pourquoi le conseil du Timor-Leste a déclaré ce qui suit:

> «Notre action vise, en substance, à faire en sorte que les éléments saisis de manière illicite ne soient mis à la disposition d'aucune personne jouant un quelconque rôle dans les relations diplomatiques ou commerciales qu'entretiennent l'Australie et le Timor-Leste au sujet de la mer de Timor et de ses ressources. Cela vaut notamment, mais non exclusivement, pour toutes les personnes jouant un rôle dans le cadre de l'arbitrage en cours.» (CR 2014/1, p. 33-34 (sir Michael Wood).)

24. C'est ce risque que soit compromise la position du Timor-Leste dans le cadre de l'arbitrage et d'éventuelles futures négociations, dans l'hypothèse où les éléments saisis seraient divulgués à une quelconque personne participant à cet arbitrage ou susceptible de prendre part à ces négociations au nom de l'Australie, qui s'est révélé déterminant pour la Cour (voir ordonnance, par. 42).

25. Or, c'est précisément ce risque que l'engagement de l'*Attorney-General*, à condition d'être respecté, visait à écarter. Tel que précisé devant la Cour, cet engagement était le suivant:

1) aucun des éléments saisis ou des informations qui en découleraient n'avait, à ce stade, été divulgué à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou à l'instance introduite devant la Cour ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations au sujet de la mer de Timor;
2) aucun des éléments saisis ou des informations qui en découleraient ne serait divulgué à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou à l'instance introduite devant la Cour ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations au sujet de la mer de Timor avant que la Cour n'ait rendu son arrêt définitif en l'espèce;

(3) in the event that criminal proceedings are brought in Australia before the Court has given its final judgment in this case, the Australian court will be asked to take special measures to ensure that none of the seized material or information derived therefrom is disclosed in a manner which might lead to it coming to the attention of any of the persons involved in the arbitration or the Court proceedings or who may be likely to be involved in any future Timor Sea negotiations and, if the Australian court declines to take such measures, Australia will not proceed further in the Australian courts until it has given this Court the opportunity to rule on the question.

26. This undertaking is far more precise and detailed than that given in *Belgium* v. *Senegal*. Since the Court has held that there is no reason to believe that Australia will not comply with the commitment that it has made to the Court, I cannot conclude that there is a real and imminent risk that any of the information concerned will find its way into the hands of anyone involved in the arbitration or the conduct of the current proceedings or who is likely to be involved in any future negotiations between the Parties over the Timor Sea. The Court reaches a different conclusion on the basis that,

> "once disclosed to any designated officials in the circumstances provided for in the written undertaking dated 21 January 2014, the information contained in the seized material could reach third parties, and the confidentiality of the materials could be breached" (Order, para. 46).

27. I entirely understand and sympathize with the Court's concern to maintain the confidentiality of what seems certain to be sensitive material capable of giving Australia a most unfair advantage in the ongoing arbitration proceedings and possibly in any future negotiations but it has to be asked quite what the Court has in mind in the passage just quoted. The possibility of disclosure coming about as a result of a prosecution in Australia has been covered by the supplementary undertaking given orally through the Solicitor-General and quoted at paragraph 19, above. The Court may have had in mind the possibility of a disclosure by an officer of ASIO empowered to examine the material for national security reasons. Yet that concern is difficult to reconcile with what the Court says in paragraph 44 of the Order about having no reason to doubt that Australia will comply with the undertaking. A State can act only through its officials and an officer of ASIO is, in accordance with the principle codified in Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility, an organ of the Australian State. It is, therefore, a contradiction in terms to say that the Court has confidence that Australia will comply in good faith with the commitment it has made but that it doubts whether certain organs of the Australian State will do so. Even if such an ASIO officer were acting in an

3) dans l'hypothèse où une procédure pénale serait engagée en Australie avant que la Cour n'ait rendu son arrêt définitif en l'espèce, il serait demandé au tribunal australien de prendre des mesures spéciales pour faire en sorte qu'aucun des éléments saisis ou des informations qui en découleraient ne soit divulgué d'une manière permettant à une quelconque personne participant à la procédure d'arbitrage ou à l'instance introduite devant la Cour ou susceptible de participer aux éventuelles futures négociations au sujet de la mer de Timor d'en prendre connaissance, et, au cas où le tribunal australien refuserait d'ordonner pareilles mesures, l'Australie ne poursuivrait pas la procédure devant ses juridictions avant d'avoir donné à la Cour la possibilité de se prononcer sur la question.

26. Cet engagement était bien plus précis et détaillé que celui qui avait été pris en l'affaire *Belgique c. Sénégal*. La Cour ayant par ailleurs jugé qu'il n'y avait aucune raison de penser que l'Australie ne respecterait pas l'engagement qu'elle avait contracté envers elle, je ne puis conclure à l'existence d'un risque réel et imminent qu'une quelconque information en cause parvienne à une personne participant à la procédure d'arbitrage ou à la présente instance ou susceptible de prendre part à d'éventuelles futures négociations entre les Parties au sujet de la mer de Timor. Or, la Cour est arrivée à une conclusion différente au motif que,

> «une fois communiquées à tout fonctionnaire habilité aux fins visées dans l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014, les informations contenues dans les éléments saisis [auraient pu] parvenir à des tiers, et la confidentialité de ces éléments [aurait pu] être violée» (ordonnance, par. 46).

27. Bien que je comprenne et partage tout à fait le souci de la Cour de préserver la confidentialité de documents qui paraissent assurément sensibles et susceptibles de donner à l'Australie un avantage on ne peut plus inéquitable dans le cadre de la procédure d'arbitrage en cours et, peut-être, d'éventuelles futures négociations, il y a tout de même lieu de s'interroger sur le raisonnement qui sous-tend le passage précité. La possibilité que des informations soient divulguées par suite d'une action introduite en Australie était couverte par l'engagement supplémentaire pris oralement par le *Solicitor-General* et cité au paragraphe 19 ci-dessus. Peut-être la Cour avait-elle à l'esprit la possibilité d'une divulgation par un agent de l'ASIO habilité à examiner les éléments en cause pour des raisons touchant à la sécurité nationale, mais cette préoccupation n'est guère compatible avec ce qu'elle a dit au paragraphe 44 de son ordonnance, à savoir qu'elle n'avait aucune raison de douter que l'Australie se conformerait à l'engagement. Un Etat ne peut agir que par l'intermédiaire de ses fonctionnaires et, au regard du principe codifié à l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, un agent de l'ASIO est un organe de l'Etat australien. Le fait que la Cour dise qu'elle pense que l'Australie se conformera de bonne foi à son engagement, tout en doutant que certains

unauthorized manner, his or her conduct would still be the conduct of Australia so long as he or she acted in their official capacity (ILC Articles on State Responsibility, Article 7) and it is difficult to see how disclosure by one official to another could be seen as anything else. I accept that that leaves the possibility of an accidental disclosure but, given the nature of the security concerns involved, such accidental disclosure seems unlikely and no suggestion of such an eventuality was made by Timor-Leste.

28. For these reasons, I believe that the 21 January 2014 undertaking from the Attorney-General of Australia removes the risk that the material (or information derived therefrom) will be disclosed in circumstances which would disadvantage Timor-Leste in relation to the arbitration proceedings or potential negotiations regarding the Timor Sea. The Court, however, has determined that, while the undertaking makes "a significant contribution towards mitigating the imminent risk . . . [it] does not remove this risk entirely" (Order, para. 47). On that basis, the Court has ordered Australia to seal the seized material (*ibid.*, para. 55 (2)) and ensure that its content is not in any way used to the disadvantage of Timor-Leste (*ibid.*, para. 55 (1)). This approach may reflect an understandable wish to err on the side of caution. Unfortunately, I think it goes far beyond that. While paragraph (1) of the *dispositif* can reasonably be regarded in that light, paragraph (2) goes much further. By requiring that the seized material be sealed until the final judgment of the Court, this measure deprives Australia of any opportunity (until the date of that judgment) to have its intelligence officers inspect the material for the purpose of finding out what, if anything, the former ASIS officer actually disclosed to Timor-Leste's Australian lawyer and, in particular, whether that disclosure may put in danger other ASIS or ASIO officers. It also precludes Australia from making any use of the material (even in a preliminary way) in the investigation of what it claims may be a serious offence by an Australian national. To my mind, it is clear that the right of Australia to exercise its criminal jurisdiction and its right to protect the safety of its officials must also be regarded as plausible. In deciding what provisional measures to order, the Court should have regard to the plausible rights of both parties in a case. In particular, it should be slow to adopt a measure which precludes one party (here, Australia) from *any* exercise of its plausible rights in order to protect the rights of the other party (here, Timor-Leste) against a risk which the Court itself has identified as small. Had the Court simply accepted the undertaking given by Australia or had stopped short at paragraph (1) of the *dispositif*, it would have respected the plausible rights of both Parties. Instead, it has adopted a measure that takes no account at all of the plausible rights of Australia.

des organes de cet Etat l'honorent également, est donc contradictoire. Quand bien même un agent de l'ASIO agirait de manière non autorisée, son comportement resterait celui de l'Australie dès lors qu'il opérerait en sa qualité officielle (article 7 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat), et l'on voit mal comment il pourrait en aller autrement en cas de divulgation d'informations d'un agent à un autre. Je reconnais que la possibilité d'une divulgation fortuite n'était pas écartée, mais, compte tenu de la nature des considérations de sécurité en cause, cela semblait improbable, le Timor-Leste n'ayant d'ailleurs pas évoqué pareille éventualité.

28. Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que l'engagement que l'*Attorney-General* de l'Australie avait pris le 21 janvier 2014 permettait d'écarter le risque que les éléments en cause (ou les informations susceptibles d'en découler) fussent divulgués selon des modalités préjudiciables au Timor-Leste dans le cadre de la procédure d'arbitrage ou d'éventuelles négociations concernant la mer de Timor. La Cour a cependant jugé que l'engagement «contribu[ait certes] de manière importante à atténuer le risque imminent ... mais [qu'il] ne supprim[ait] pas entièrement ce risque» (ordonnance, par. 47). C'est sur cette base qu'elle a enjoint à l'Australie de placer sous scellés les éléments saisis (*ibid.*, point 2 du dispositif)) et de faire en sorte que leur contenu ne soit d'aucune manière utilisé au détriment du Timor-Leste (*ibid.*, point 1 du dispositif). Cette approche pourrait refléter la volonté bien compréhensible de s'entourer d'un maximum de précautions, mais, selon moi, elle va malheureusement bien au-delà; si l'on peut raisonnablement considérer que le point 1 du dispositif est bien l'expression de cette volonté, le point 2, quant à lui, l'excède très largement. En exigeant que les éléments saisis soient conservés sous scellés jusqu'à ce que la Cour rende son arrêt définitif, cette mesure prive en effet l'Australie de toute possibilité (jusqu'à la date du prononcé de cet arrêt) de les faire examiner par ses agents de renseignement en vue de déterminer si l'ancien agent de l'ASIS a effectivement divulgué des informations à l'avocat australien du Timor-Leste et surtout, le cas échéant, si cette divulgation risque de mettre en danger d'autres agents de l'ASIS ou de l'ASIO. Elle empêche également l'Australie de faire usage desdits éléments (ne serait-ce que de manière préliminaire) dans le cadre de son enquête sur ce qu'elle a qualifié d'infraction grave commise par un ressortissant australien. Or, à mon sens, il est clair que les droits de l'Australie d'exercer sa compétence pénale et de protéger la sécurité de ses agents devaient, eux aussi, être considérés comme plausibles. Lorsqu'elle détermine quelles sont les mesures conservatoires qu'il convient d'indiquer, la Cour devrait tenir compte des droits plausibles des deux parties à l'instance. En particulier, il lui faut réfléchir soigneusement avant d'adopter une mesure qui, afin de protéger les droits de la partie adverse (en l'occurrence le Timor-Leste) contre un risque qu'elle a elle-même jugé faible, empêchera *totalement* l'autre partie (en l'occurrence l'Australie) d'exercer ses droits plausibles. Si la Cour s'était contentée d'accepter l'engagement pris par l'Australie ou de s'arrêter au point 1 du dispositif, elle aurait respecté les droits plausibles des deux Parties, plutôt que d'adopter une mesure qui ne tient aucun compte de ceux de l'Australie.

29. Since one of the prerequisites for the indication of provisional measures regarding the seized material is absent, I have therefore felt obliged to vote against the measures ordered in paragraphs (1) and (2) of the *dispositif* which relate to that material. Even had I considered that the prerequisite of the existence of a real and imminent risk was satisfied, I would still have voted against paragraph (2) of the *dispositif* for the reasons given in paragraph 28 of this opinion.

30. Paragraph (3) of the *dispositif* is a different matter. This paragraph deals not with the use which might be made of the seized material or information derived from that material but with the possibility of future interference by Australia with Timor-Leste's communications with its legal advisers. In view of the seizure of papers which clearly related to legal advice and preparation for the forthcoming arbitration from Timor-Leste's lawyer, it is entirely understandable that Timor-Leste is concerned that there might be future interference and it sought an assurance from Australia that there would be no such interference. To my surprise, the undertaking from the Attorney-General makes no mention of this matter. In the absence of any undertaking not to interfere with Timor-Leste's communications with its lawyers in the future, I accept that there is a real and imminent risk of such interference which requires action on the part of the Court. I have therefore voted in favour of paragraph (3).

31. In the course of the hearings, leading counsel for Timor-Leste spoke eloquently of the need for "clear, firm and severe condemnation of what Australia has done" (CR 2014/1, p. 30 (Sir Elihu Lauterpacht QC)) but I did not understand him to expect such a statement at the present stage of the proceedings. Whether or not such condemnation is appropriate can be decided only if and when the Court rules on the merits of the present case. The purpose of provisional measures is solely to protect rights which may subsequently be adjudged to exist and to be applicable. It is not to anticipate a judgment on the merits by the expression of condemnation or approval of what either party has done. My votes in the present phase should not, therefore, be taken as suggesting that I condone what has happened.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

29. L'une des conditions préalables à l'indication de mesures conservatoires relativement aux éléments saisis n'étant pas remplie, je me suis vu dans l'obligation de voter contre les mesures indiquées aux points 1 et 2 du dispositif, qui ont trait à ces éléments. Quand bien même j'aurais considéré qu'il avait été satisfait à la condition préalable de l'existence d'un risque réel et imminent, j'aurais tout de même, pour les motifs exposés au paragraphe 28 de la présente opinion, voté contre le point 2.

30. Le point 3 du dispositif, en revanche, est d'un autre ordre, puisqu'il ne porte pas sur l'usage qui pourrait être fait des éléments saisis ou des informations susceptibles d'en découler, mais sur la possibilité d'une ingérence future de l'Australie dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques. Etant donné que certains des documents saisis se rapportent clairement à des conseils juridiques ainsi qu'à la préparation de l'arbitrage à venir et qu'ils émanent de l'avocat du Timor-Leste, il était parfaitement compréhensible que celui-ci redoute une éventuelle ingérence future et demande à l'Australie de lui assurer qu'il n'y en aurait pas. Or, à ma surprise, l'engagement pris par l'*Attorney-General* restait muet sur ce point. En l'absence de tout engagement contraire, j'admets donc qu'il existait un risque réel et imminent d'ingérence future dans les communications entre le Timor-Leste et ses avocats, risque qui exigeait une intervention de la Cour. C'est pourquoi j'ai voté en faveur du point 3.

31. A l'audience, le conseil principal du Timor-Leste a requis avec éloquence une «condamnation claire, ferme et sévère de ce que l'Australie a[vait] fait» (CR 2014/1, p. 30 (sir Elihu Lauterpacht, QC)). Il ne m'a cependant pas semblé qu'il s'attendait à ce que la Cour fasse une déclaration à cet effet au stade actuel de la procédure. La question de savoir si pareille condamnation est appropriée ne pourra être tranchée qu'au moment où, le cas échéant, la Cour se prononcera sur le fond. Les mesures conservatoires ont pour seul but de protéger des droits dont l'existence et l'applicabilité peuvent être reconnues ultérieurement. Elles ne doivent pas préjuger d'un arrêt au fond en réprouvant ou en approuvant les actes de l'une ou l'autre des parties. Mon vote sur les différents points du dispositif de la présente ordonnance ne saurait donc être interprété comme une condamnation, de ma part, de ce qui s'est produit.

(*Signé*) Christopher GREENWOOD.

SEPARATE OPINION OF JUDGE DONOGHUE

1. Certain circumstances giving rise to the present case are not in dispute. During the pendency of State-to-State arbitration, one State seized documents and data from the office of counsel to the opposing State (for convenience, I refer to all seized documents, data and material as "the Material"). The Court has only limited information about the content of the Material, which Timor-Leste describes as addressing not only a legal dispute that is currently the subject of arbitration (the Timor Sea Treaty Arbitration) — including communications between itself and its counsel — but also Timor-Leste's negotiating position and strategy with regard to questions of maritime delimitation between the two States.

2. This sequence of events surely should give pause to anyone concerned with the integrity of international dispute settlement. The question whether the seizure of the Material is lawful, however, is a matter for the merits and is not addressed today by the Court or by this separate opinion. I write this opinion to set out my reasons for voting with the majority of my colleagues in respect of one provisional measure, while parting company with them as to the other two provisional measures.

3. Article 41 of the Statute of the Court provides that the Court may indicate provisional measures "if it considers that circumstances so require". In recent years, the Court has followed the approach to provisional measures that it took in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)* (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 147, para. 40; p. 151, paras. 56-57; pp. 152-153, para. 62). As today's Order indicates, the Court considers whether there appears, prima facie, to be jurisdiction, whether the rights asserted by the requesting party are at least plausible, whether there is a link between the rights that form the subject-matter of the proceedings and the provisional measures being sought and whether there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice may be caused to the rights in dispute before the Court renders its final judgment in the case.

4. There is much common ground between my own views and those expressed in the Order. I agree with my colleagues that there is prima facie jurisdiction in this case, that at least some of the rights asserted by Timor-Leste are plausible and that there is a link between the measures sought and the rights asserted by Timor-Leste in its Application.

OPINION INDIVIDUELLE DE Mme LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

1. Certaines des circonstances à l'origine de la présente espèce ne sont pas contestées. Un Etat, opposé à un autre dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, a saisi des documents et données dans les locaux professionnels d'un conseil juridique du second (par commodité, l'ensemble des documents, données et éléments saisis seront dénommés ci-après «les éléments en cause»). La Cour ne dispose que de peu d'informations sur le contenu des éléments en cause qui, selon le Timor-Leste, se rapportent non seulement à un différend juridique faisant actuellement l'objet d'une procédure d'arbitrage (l'arbitrage en vertu du traité sur la mer de Timor) — notamment des communications entre cet Etat et son conseil —, mais également à la position et à la stratégie du Timor-Leste dans le cadre de négociations relatives à la délimitation maritime entre les deux Etats.

2. Les événements susmentionnés donneront assurément à réfléchir à quiconque se soucie de l'intégrité des procédures de règlement des différends internationaux. La question de savoir si la saisie des éléments en cause est ou non licite a cependant trait au fond ; à ce titre, elle n'a pas été examinée par la Cour dans son ordonnance, et ne le sera pas dans la présente opinion individuelle. J'exposerai ci-après les raisons pour lesquelles j'ai voté avec la majorité de mes collègues en faveur de l'indication d'une mesure conservatoire, alors que je ne me suis pas associée à eux en ce qui concerne les deux autres.

3. L'article 41 du Statut de la Cour dispose que celle-ci peut indiquer des mesures conservatoires «si elle estime que les circonstances l'exigent». Ces dernières années, la Cour a suivi, s'agissant de l'indication de mesures conservatoires, l'approche qu'elle avait adoptée dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 147, par. 40 ; p. 151, par. 56-57 ; p. 152-153, par. 62). Ainsi qu'elle l'a rappelé dans son ordonnance, la Cour examine les points de savoir si elle a *prima facie* compétence, si les droits invoqués par la partie demanderesse sont au moins plausibles, s'il existe un lien entre les droits qui font l'objet de l'instance et les mesures conservatoires sollicitées, et s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige, avant qu'elle ne rende sa décision définitive en l'affaire.

4. A bien des égards, je partage les vues qui ont été exprimées dans l'ordonnance. Ainsi, je suis d'accord avec mes collègues pour considérer que la Cour avait *prima facie* compétence en la présente espèce, qu'au moins certains des droits allégués par le Timor-Leste étaient plausibles et qu'il existait un lien entre les mesures sollicitées et les droits que ce dernier invoque dans sa requête.

5. This brings me to the assessment of the risk of irreparable prejudice to the plausible rights asserted by Timor-Leste in this case. My approach to this question differs from the approach that the Court has taken. Recalling the standard established in Article 41, I consider that a risk of irreparable prejudice in the circumstances of this case "requires" the imposition of the third provisional measure, but not the first or the second. I have voted against the first two provisional measures because I conclude that the 21 January 2014 undertaking made by Australia's Attorney-General to the Court (the "Undertaking"), addresses the risk of irreparable prejudice that is the focus of those two measures. I have voted in favour of the third provisional measure because Australia has not taken comparable steps to address prospective acts of interference with communications between Timor-Leste and its legal advisers with regard to the pending arbitration, future proceedings relating to maritime delimitation, or other related procedures, including the present case.

A. The First and Second Provisional Measures Indicated by the Court

6. As noted above, the Court has stated that it will exercise the power to indicate provisional measures only if there is a real and imminent risk that irreparable prejudice may be caused to the rights in dispute before the Court gives its final judgment (see, e.g., *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (1)*, pp. 21-22, para. 63). As I see it, a determination of whether there is a real and imminent risk of irreparable prejudice calls, first, for an assessment of whether any prejudice would be irreparable, and, secondly, for an evaluation of the probability that such irreparable prejudice will occur before the Court's final judgment, in the absence of provisional measures. (The urgency of the requested measures also must be taken into account, but, for present purposes, I do not focus on this additional requirement.)

7. The Court has not always been clear about whether the requesting party must address not only whether the prejudice to its asserted rights would be irreparable, but also the probability that such irreparable prejudice will occur. This case illustrates the importance of considering both aspects of the risk of irreparable prejudice. The Court has decided that if the Material is divulged to "any person or persons involved or likely to be involved" in the pending arbitration between Timor-Leste and Australia or in "future maritime negotiations" between the Parties, certain rights asserted by Timor-Leste could be irreparably prejudiced (Order, para. 42). I agree with this conclusion. I differ with the Court's decision to indicate the first and second provisional measures, however, because I believe that the Undertaking addresses the risk that such irreparable prejudice will

5. Cela m'amène à la question de savoir s'il existait un risque que soit causé un préjudice irréparable aux droits plausibles invoqués par le Timor-Leste. Sur ce point, mon approche diffère de celle qu'a suivie la Cour. Au vu du critère énoncé à l'article 41, j'estime que le risque de préjudice irréparable, dans les circonstances de l'espèce, «exige[ait]» en effet que la troisième mesure conservatoire fût indiquée, mais pas la première ni la deuxième. Si j'ai voté contre ces deux premières mesures, c'est parce que je considère que l'engagement pris devant la Cour par l'*Attorney-General* de l'Australie le 21 janvier 2014 (ci-après, l'«engagement») permettait d'écarter le risque de préjudice irréparable qui a suscité l'indication de ces deux mesures. En revanche, j'ai voté en faveur de la troisième mesure conservatoire parce que l'Australie n'a pas pris d'initiative similaire pour prévenir d'éventuels actes d'ingérence dans les communications échangées entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques au sujet de l'arbitrage en cours, d'une future procédure concernant la délimitation maritime, ou de toute autre procédure qui s'y rapporte, dont la présente instance.

A. Les première et deuxième mesures conservatoires indiquées par la Cour

6. Ainsi que cela a été rappelé ci-dessus, la Cour a précisé qu'elle n'exercerait son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que s'il existait un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant qu'elle ne rende sa décision définitive (voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 21-22, par. 63). Pour déterminer s'il existe un risque réel et imminent de préjudice irréparable, il convient selon moi, premièrement, de rechercher si un éventuel préjudice serait irréparable et, deuxièmement, d'apprécier la probabilité que pareil préjudice se produise, en l'absence de mesures conservatoires, avant que la Cour ne rende sa décision définitive. (Le caractère d'urgence des mesures sollicitées doit aussi être pris en considération, mais, aux fins du présent examen, je laisserai de côté cette exigence supplémentaire.)

7. La Cour n'a pas toujours été claire sur le point de savoir si la partie demanderesse doit établir non seulement que le préjudice causé aux droits qu'elle invoque serait irréparable, mais aussi qu'il est probable que ceux-ci subissent pareil préjudice. Or, la présente affaire montre qu'il est important que ces deux aspects du risque de préjudice irréparable soient examinés. La Cour a jugé que, si les éléments en cause étaient divulgués à «une quelconque personne participant ou susceptible de participer» à l'arbitrage en cours entre le Timor-Leste et l'Australie ou à de «futures négociations maritimes» entre les Parties, certains des droits allégués par le Timor-Leste pourraient subir un préjudice irréparable (ordonnance, par. 42). Je souscris à cette conclusion. Je ne suis cependant pas d'accord avec la décision de la Cour d'indiquer les première et deuxième mesures

occur. By contrast, the Court apparently considers that, despite the Undertaking, the possibility of the information being divulged is serious enough to justify the measures indicated (Order, para. 46).

8. To explain my reasoning, it is necessary to look closely at the key elements of the Undertaking. At the outset, I recall that Australia told the Court that the Attorney-General has the authority to bind Australia as a matter of international law. I summarize below four key provisions of the Undertaking that relate to the Material (*ibid.*, para. 38).

9. First, the Attorney-General states that he has directed the Australian Security Intelligence Organisation (ASIO) not to communicate the Material or information derived from it "to any person for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions) until final judgment in this proceeding or until further or earlier order from the Court".

10. Secondly, the Undertaking states that the Attorney-General will not make himself aware of the content of the Material or information derived therefrom. It further states that should he become aware of any circumstances that "would make it necessary" for him to become informed about the Material, he "will first bring that fact to the attention of the Court, at which time further undertakings will be offered".

11. Thirdly, the Undertaking states that the Material "will not be used by any part of the Australian Government for any purpose other than national security purposes (which include potential law enforcement referrals and prosecutions)".

12. Fourthly, the Undertaking states that,

> "[w]ithout limiting the above, the Material, or any information derived from the Material, will not be made available to any part of the Australian Government for any purpose relating to the exploitation of resources in the Timor Sea or related negotiations, or relating to the conduct of: *(a)* these proceedings; and *(b)* the proceedings in the Arbitral Tribunal referred to [above]".

(For ease of reference, I refer to this part of the Undertaking as the "Fourth Commitment".) In response to a question posed by a Member of the Court during the hearing, Australia clarified that the phrase "without limiting the above" means that "matters concerning the Timor Sea and related negotiations, as well as the conduct of these proceedings and of the Tribunal, fall outside the 'national security' purpose" referred to in the Undertaking. This makes clear that even a national security purpose would not justify dissemination of the Material or information derived

conservatoires, car je considère que l'engagement de l'Australie permettait d'écarter le risque que soit causé pareil préjudice. La Cour, quant à elle, a semble-t-il estimé que, en dépit de l'engagement, le risque que des informations soient divulguées était suffisamment sérieux pour justifier l'indication desdites mesures (ordonnance, par. 46).

8. Afin d'expliquer mon raisonnement, j'examinerai attentivement les principaux aspects de l'engagement en question. Pour commencer, je rappellerai que l'Australie a dit à la Cour que l'*Attorney-General* avait le pouvoir de prendre des engagements liant cet Etat au regard du droit international. Je résumerai ci-après quatre dispositions essentielles de l'engagement ayant trait aux éléments en cause (*ibid.*, par. 38).

9. Premièrement, l'*Attorney-General* déclare qu'il a donné pour instruction à l'agence australienne de renseignement intérieur (l'«ASIO») de ne pas communiquer les éléments en cause ou les informations qui en découleraient «à quiconque et à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites), jusqu'à ce que la Cour ait définitivement statué dans la présente procédure ou qu'elle en ait décidé autrement à un stade ultérieur ou antérieur».

10. Deuxièmement, il est indiqué dans l'engagement que l'*Attorney-General* ne prendra pas connaissance du contenu des éléments ou des informations qui en découleraient. Il est en outre précisé que, dans le cas où serait portée à la connaissance de l'*Attorney-General* une circonstance, quelle qu'elle soit, qui «nécessiterait» qu'il prenne connaissance desdits éléments, il «en informer[ait] tout d'abord la Cour, et ... prendr[ait] alors devant elle d'autres engagements».

11. Troisièmement, l'*Attorney-General* déclare dans ce document «qu'aucune entité du Gouvernement australien n'utilise[ra] lesdits éléments à quelque fin que ce soit, hormis pour des questions de sécurité nationale (notamment dans le cadre de la saisine des autorités chargées de l'application de la loi et de poursuites)».

12. Quatrièmement, on peut lire dans l'engagement que,

> «sans préjudice de ce qui précède, ... aucune entité du Gouvernement australien ne [pourra] avoir accès auxdits éléments et à toutes informations qui en découleraient à toute fin ayant trait à l'exploitation des ressources de la mer de Timor ou aux négociations à ce sujet, ou à la conduite de: *a)* la présente procédure et *b)* l'arbitrage [sus]mentionné».

(Par commodité, j'appellerai ce volet de l'engagement le «quatrième point».) En réponse à une question posée par un membre de la Cour à l'audience, l'Australie a précisé que l'expression «sans préjudice de ce qui précède» signifiait que «les questions concernant la mer de Timor et les négociations y afférentes, ainsi que la conduite des procédures devant la présente Cour et le tribunal, ne relevaient pas des questions de «sécurité nationale»» auxquelles il est fait référence dans l'engagement. Il en ressort donc clairement que pas même une question de sécurité nationale

from it to any individual for the purposes described by the Fourth Commitment.

13. The Undertaking remains in effect until final judgment in this case, a point that Australia affirmed during the oral proceedings.

14. Thus, an official with the authority to bind Australia under international law has told the Court that the Material and information derived from it will not be made available for the purposes described by the Fourth Commitment until the Court has rendered its final judgment. As the Court has stated, Australia's good faith in complying with its commitments set forth in the Undertaking is to be presumed (Order, para. 44). The scope of the Fourth Commitment encompasses all forms of dispute resolution referred to by Timor-Leste (that is, the pending arbitration, the case before this Court and potential future maritime delimitation negotiations between Timor-Leste and Australia) and thus protects rights asserted by Timor-Leste that are plausible and that, according to Timor-Leste, could be irreparably prejudiced by Australia's access to the Material. There is nothing in the record that suggests that Australia lacks capacity to give effect to the Undertaking. Under these circumstances, I consider that there is at most a remote possibility that the Material will be divulged to anyone involved in the pending arbitration, in these proceedings or in future bilateral negotiations relating to the Timor Sea.

15. In contrast to my assessment of whether the risk of irreparable prejudice merits interim protection, the Court places emphasis on the fact that Australia has stated that ASIO will keep the Material under seal only until the Court has reached its decision on the request for provisional measures (see Order, paras. 39 and 46). This observation does not change the fact that commitments made in the Undertaking, including the Fourth Commitment, will remain in effect until the Court's final judgment. It is this Fourth Commitment — not the separate, earlier decision by Australia to keep the Material under seal while the Court considers the request for provisional measures — that guards against the irreparable prejudice to the rights asserted by Timor-Leste that would result if the Material fell into the wrong hands.

16. In view of the above considerations, I conclude that the first and second provisional measures are not required to protect the plausible rights that Timor-Leste has asserted in this case and thus do not meet the applicable standard for the imposition of provisional measures. In particular, the second provisional measure requires Australia to keep the Material under seal until further decision of the Court. This means that Australia must refrain from any use of the Material, thus foreclosing possible uses of the Material that might have no implications for the rights that Timor-Leste has asserted.

17. In this regard, the second provisional measure is difficult to reconcile with the Court's statement in the Order that the imposition of provi-

n'aurait justifié de diffuser les éléments en cause ou les informations en découlant à qui que soit aux fins visées au quatrième point.

13. Ainsi que l'Australie l'a confirmé à l'audience, l'engagement restait valable jusqu'à ce que la Cour ait définitivement statué en l'espèce.

14. Ainsi, un représentant de l'Australie ayant le pouvoir de prendre des engagements liant cet Etat au regard du droit international a assuré la Cour que les éléments en cause et les informations qui en découleraient ne seraient pas divulgués aux fins visées au quatrième point avant que celle-ci ait rendu son arrêt en la présente affaire. Or, comme la Cour l'a précisé, il devait être présumé que l'Australie se conformerait de bonne foi aux assurances contenues dans l'engagement (ordonnance, par. 44); par ailleurs, le quatrième point englobait tous les modes de règlement des différends mentionnés par le Timor-Leste (c'est-à-dire l'arbitrage en cours, l'affaire portée devant la Cour et d'éventuelles futures négociations relatives à la délimitation maritime entre le Timor-Leste et l'Australie) et protégeait donc les droits plausibles invoqués par le Timor-Leste, qui, selon lui, auraient subi un préjudice irréparable si l'Australie avait eu accès aux éléments en cause. Rien dans le dossier de l'affaire ne donnait à penser que l'Australie n'était pas en mesure d'honorer son engagement. Dès lors, je considère qu'il existait, tout au plus, un risque négligeable que les éléments en cause fussent communiqués à une quelconque personne prenant part à l'arbitrage en cours, à la présente instance ou à de futures négociations bilatérales relatives à la mer de Timor.

15. Contrairement aux vues que j'ai exprimées sur le point de savoir si le risque de préjudice irréparable justifiait l'indication de mesures conservatoires, la Cour a insisté sur le fait que l'Australie avait affirmé que l'ASIO conserverait les éléments sous scellés seulement jusqu'à ce qu'elle ait statué sur la demande en indication de mesures conservatoires (voir ordonnance, par. 39 et 46). Cela ne change cependant rien au fait que les assurances contenues dans l'engagement, notamment au quatrième point, demeuraient valables jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision définitive. C'est donc ce quatrième point — et non la décision antérieure et distincte de l'Australie de conserver les éléments sous scellés pendant l'examen par la Cour de la demande en indication de mesures conservatoires — qui permettait d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux droits invoqués par le Timor-Leste dans le cas où les éléments en cause tomberaient entre de mauvaises mains.

16. A la lumière de ce qui précède, ma conclusion est que les première et deuxième mesures conservatoires n'étaient pas nécessaires pour protéger les droits plausibles invoqués par le Timor-Leste en l'espèce et que, partant, elles ne satisfaisaient pas au critère requis pour l'indication de mesures conservatoires. En particulier, la deuxième mesure conservatoire impose à l'Australie de conserver les éléments en cause sous scellés jusqu'à toute nouvelle décision de la Cour. Il s'ensuit que cet Etat doit s'abstenir de faire quelque usage que ce soit desdits éléments, y compris tout usage qui n'aurait aucune incidence sur les droits allégués par le Timor-Leste.

17. De ce point de vue, la deuxième mesure conservatoire est difficilement conciliable avec le passage de l'ordonnance dans lequel la Cour pré-

sional measures has as its object "the preservation of the respective rights claimed by the parties" and that "the Court must be concerned to preserve by such measures the rights which may subsequently be adjudged by it to belong to either party" (Order, para. 22).

18. The Order finds certain rights asserted by Timor-Leste to be plausible, placing emphasis on Timor-Leste's asserted right to communicate freely with its counsel regarding arbitration and other matters relating to international negotiations — a right which, as the Court states, "might be derived from the principle of sovereign equality of States" enshrined in the United Nations Charter (*ibid.*, para. 27). The principle of sovereign equality is unassailable, but the precise rights and obligations that flow from it in the particular circumstances of this case remain to be addressed at the merits phase.

19. The Court does not take into account the fact that Australia responded to Timor-Leste's arguments by asserting its own "sovereign rights to protect its national security and enforce its criminal jurisdiction in its own territory", which, according to Australia, will suffer prejudice if the requested provisional measures are indicated. Thus, Australia, like Timor-Leste, has invoked a well-established principle — that a State may exercise enforcement jurisdiction within its territory. The principles on which the Parties rely do not always easily co-exist, as can be seen in the Court's Judgment in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)* (*I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 123-124, para. 57). The interplay of the two principles and the resulting rights and obligations that apply in this case are among the matters to be considered at the merits phase.

20. The régime established by the Undertaking would address the risk of irreparable prejudice to the rights asserted by Timor-Leste that the Court considers plausible. It would do so, however, without precluding Australia from using the Material in connection with efforts to enforce its criminal laws within its territory, so long as such use is consistent with the Undertaking. It thus offers a means to address the risk of irreparable prejudice to Timor-Leste with which the Court is concerned, without infringing upon rights that Australia has asserted and that may later be found to appertain to it. In contrast, the second provisional measure bars Australia from using the Material in connection with law enforcement activity, even when such activity would not prejudice plausible rights asserted by Timor-Leste.

21. It is understandable that the Court wishes to be vigilant in crafting interim relief that targets harm that is truly irreparable, such as the prejudice that Timor-Leste could face here. Given that the likelihood of such prejudice is remote, however, it is especially unfortunate that the Court

cise que l'indication de mesures conservatoires a pour objet «de sauvegarder ... les droits revendiqués par chacune des parties» et que «la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait reconnaître à l'une ou à l'autre des parties» (ordonnance, par. 22).

18. Dans son ordonnance, la Cour a jugé que certains droits invoqués dans la demande en indication de mesures conservatoires étaient plausibles, et mis l'accent sur le droit revendiqué par le Timor-Leste de communiquer librement avec ses conseils au sujet de l'arbitrage et d'autres questions relatives à des négociations internationales, droit qui, selon la Cour, «pourrait être inféré du principe de l'égalité souveraine des Etats», énoncé dans la Charte des Nations Unies (*ibid.*, par. 27). Si le principe de l'égalité souveraine est inattaquable, il incombera à la Cour, au stade de l'examen au fond, de déterminer quels sont les droits et obligations précis qui en découlent dans les circonstances particulières de l'espèce.

19. En revanche, la Cour n'a pas tenu compte du fait que l'Australie avait répondu aux arguments du Timor-Leste en invoquant ses propres «droits souverains ... de protéger sa sécurité nationale et d'exercer sa compétence pénale sur son propre territoire», qui, selon elle, subiraient un préjudice si les mesures conservatoires sollicitées étaient indiquées. L'Australie — tout comme le Timor-Leste — a donc invoqué un principe bien établi, celui selon lequel un Etat peut exercer sa compétence d'exécution sur son propre territoire. Or, ainsi que cela ressort de l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 123-124, par. 57), les principes sur lesquels se fondent les Parties à une instance ne sont pas toujours compatibles. L'interaction entre les deux principes susmentionnés et les droits et obligations qui en découlent et sont applicables en l'espèce font donc partie des questions sur lesquelles il conviendra de se pencher lors de l'examen au fond.

20. Le régime établi par l'engagement de l'*Attorney-General* aurait permis d'empêcher qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits invoqués par le Timor-Leste, que la Cour a jugés plausibles. Il n'aurait cependant pas empêché l'Australie d'utiliser les éléments en cause aux fins de faire appliquer son droit pénal sur son territoire, à condition que pareille utilisation ait été conforme audit engagement. Ce régime aurait donc permis d'écarter le risque qu'un préjudice irréparable soit causé au Timor-Leste, question dont la Cour était saisie, sans pour autant porter atteinte aux droits invoqués par l'Australie, qui pourraient ultérieurement être reconnus comme étant les siens. A l'inverse, la deuxième mesure conservatoire empêche l'Australie d'utiliser les éléments en cause pour faire appliquer ses lois, quand bien même cela ne porterait pas préjudice aux droits plausibles invoqués par le Timor-Leste.

21. Il est compréhensible que la Cour soit vigilante lorsqu'elle conçoit des mesures conservatoires visant à empêcher que soit causé un préjudice réellement irréparable, tel que celui qu'aurait pu subir le Timor-Leste en l'espèce. Cependant, compte tenu de la faible probabilité que cela se pro-

has imposed a provisional measure that appears to restrict possible uses of the Material that would not cause any irreparable prejudice to Timor-Leste.

B. The Third Provisional Measure Indicated by the Court

22. I reach a different conclusion about the probability of irreparable prejudice to the rights asserted by Timor-Leste when I consider the third provisional measure indicated by the Court, which I support. That measure states that Australia shall not interfere in any way in communications between Timor-Leste and its legal advisers in connection with the pending arbitration, the proceedings before this Court or future negotiations concerning maritime delimitation.

23. Australia's arguments opposing Timor-Leste's request for provisional measures suggest that Australia sees no legal impediment to interfering with communications between Timor-Leste and its counsel in the future, so long as such actions comply with Australian law. Australia chose not to provide assurances concerning this matter in the Undertaking or elsewhere. As a result, absent the imposition of the third provisional measure, there is no safeguard against another incident of the type that forms the core of Timor-Leste's case. Under these circumstances and in light of the plausibility of certain rights that Timor-Leste has asserted, I find the third provisional measure appropriate.

(Signed) Joan E. Donoghue.

duise, il est particulièrement regrettable que la Cour ait indiqué une mesure qui semble restreindre tout éventuel usage des éléments ne risquant pas de causer pareil préjudice au Timor-Leste.

B. La troisième mesure conservatoire indiquée par la Cour

22. S'agissant de la probabilité qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits invoqués par le Timor-Leste, ma conclusion est différente pour ce qui concerne la troisième mesure conservatoire indiquée par la Cour, à laquelle je souscris. Cette mesure prévoit que l'Australie ne s'ingérera d'aucune manière dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques ayant trait à l'arbitrage en cours, à l'affaire dont la Cour est saisie ou à toute négociation future sur la délimitation maritime.

23. Les arguments avancés par l'Australie pour contester la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Timor-Leste tendent à indiquer que celle-ci considère que rien, du point de vue juridique, ne l'empêcherait de s'ingérer dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseils à l'avenir, dès lors que cela serait conforme au droit australien. L'Australie a décidé de ne fournir aucune assurance à cet égard, ni dans l'engagement ni d'une autre manière. Par conséquent, si la troisième mesure conservatoire n'avait pas été indiquée, rien n'aurait empêché que se reproduise un nouvel incident du type de celui qui est au cœur de l'argumentation du Timor-Leste. Je considère donc que, compte tenu du caractère plausible de certains droits invoqués par le Timor-Leste, la troisième mesure conservatoire était appropriée.

(Signé) Joan E. Donoghue.

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* CALLINAN

1. I have formed the view that it is unnecessary for the Court to indicate provisional measures. Before explaining why I have formed that view, I should say something about the facts of the case so far as they may be discerned at this early stage of these proceedings.

Context

2. At any interlocutory stage of any curial proceedings, the true and full facts can rarely be confidently ascertained. An application for provisional relief will almost always be made in circumstances of asserted urgency. Indeed, without urgency there is no foundation for the indication of provisional measures.

3. There is another reason here for uncertainty as to the true factual situation. Australia contends that there are issues of national security involved which are of legitimate concern to it. Sometimes, indeed more often than not, there will, or can be no open, public or close examination whether, and the extent to which, national security may be at risk because such an examination, and disclosures in respect of it, may themselves increase or precipitate the realization of risk. One obvious risk at the forefront of the minds of those engaged in intelligence collection and national security is that their identities, and the nature of the operations in which they have engaged will be disclosed.

4. Many countries, including liberal democracies of which Australia is one, adopt therefore, bipartisan or even completely consensual policies, of not confirming or denying that particular conduct has, or has not been pursued, by their national security agencies.

Facts

5. Australia and Timor-Leste are parties to treaties relating to the sharing of revenue from the exploitation of underwater resources in an area of the seas between them. Timor-Leste has instituted proceedings before an arbitral tribunal, for which the Permanent Court of Arbitration is acting as Secretariat, seeking to set aside, avoid, or have declared invalid or otherwise not binding upon it, a 2006 Treaty between the Parties, on the ground, in substance, that Australia was obliged to, but did

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* CALLINAN

[Traduction]

1. Je suis d'avis qu'il n'était pas nécessaire que la Cour indique des mesures conservatoires. Avant d'exposer les raisons qui m'ont amené à cette conclusion, je tiens à formuler quelques observations sur les faits de la présente affaire, tels qu'ils peuvent être perçus à ce stade précoce de l'instance.

Le contexte

2. Il est rarement possible d'établir avec certitude l'intégralité et la réalité des faits au stade d'une procédure interlocutoire. Une demande en indication de mesures conservatoires est presque toujours introduite dans une situation d'urgence alléguée. De fait, si elle ne présentait pas un caractère d'urgence, il n'y aurait pas lieu d'indiquer des mesures conservatoires.

3. En l'espèce, l'incertitude relative à la réalité des faits tient toutefois aussi à une autre raison. L'Australie affirme en effet que sont en cause certaines questions de sécurité nationale, qui suscitent de sa part des préoccupations légitimes. Or, parfois, pour ne pas dire souvent, le point de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure la sécurité nationale est menacée ne fait pas — ou ne peut faire — l'objet d'un examen transparent, public et approfondi, car pareil examen et les divulgations qui en résulteraient risqueraient d'aggraver les risques en question ou d'en précipiter la réalisation. A cet égard, les responsables de la collecte de renseignements et de la sécurité nationale redoutent bien sûr avant tout que ne soient révélées leur identité et la nature des opérations qu'ils mènent.

4. Nombre de pays, y compris les démocraties libérales telles que l'Australie, ont par conséquent adopté une ligne de conduite consistant à ne pas confirmer ni à infirmer que leurs services chargés de la sécurité ont ou non eu tel ou tel comportement, ligne de conduite qui fait l'objet d'un consensus, tout au moins entre les principales forces politiques.

Les faits

5. L'Australie et le Timor-Leste sont parties à des traités relatifs à la répartition des recettes issues de l'exploitation des ressources sous-marines de la mer qui les sépare. Le Timor-Leste a engagé une procédure devant un tribunal arbitral, dont la Cour permanente d'arbitrage assure le secrétariat, tendant à écarter, à tourner ou à faire déclarer nul ou non contraignant à son égard un traité signé en 2006 entre les Parties, au motif, en substance, que l'Australie n'aurait pas négocié cet instrument

not negotiate the treaty or treaties in good faith. Australia contends that the Arbitral Tribunal does not have jurisdiction over the matter.

6. It is possible, if not likely, that the genesis of the proceedings before the Arbitral Tribunal is a claim said to have been made by a former Australian intelligence officer.

7. That inference arises from various media reports, including one published in May 2013 in the print media of Timor-Leste, a copy of which is reproduced in Australia's presentation, Second Round, of 22 January 2014. It is reported there that an Australian intelligence agent, currently unwell in an Australian hospital, has alleged that Australian intelligence agents broke into, and eavesdropped upon, Timor-Leste's Cabinet rooms nine years ago. The Australian agent is said, in the newspaper report, to have divulged this information in a bid to clear his conscience. The implication there, and elsewhere, is that, by electronically eavesdropping upon Cabinet discussions, Australia was able to derive unfair or unethical advantages in negotiating the later of the treaties to which I have referred. The article identifies an Australian lawyer, Mr. Bernard Collaery, as "Minister [Timor-Leste's] Pires's lawyer".

8. On 2 December 2013, shortly before the Arbitral Tribunal convened a preliminary hearing to give directions with respect to the conduct of Timor-Leste's proceedings there, the Australian Attorney-General and the Minister responsible for the Australian Security Intelligence Organisation (ASIO), issued a search warrant to enable the search and seizure of material to which it refers, at and from Mr. Collaery's legal office and a residence in Canberra. It is important to notice that the Attorney-General was obliged to, and had satisfied himself that there were reasonable grounds for believing that access by ASIO to records and other things on the subject premises would substantially assist the collection of intelligence in accordance with the Act . . . [and] is important in relation to security under section 25 (1) of the Australia Security Organisation Act 1979 (Cth) (the "Act").

9. The search warrant was executed on 3 December 2013. A number of documents and other things were seized, some of which have been returned, and others of which have been retained and are the subject of these proceedings. Mr. Collaery was not present at his legal office when the search warrant was executed there.

10. The fact of the search and seizure came quickly into the public domain. Mr. Collaery, it seems, was interviewed by the Australian public broadcaster, the Australian Broadcasting Corporation, on television on 3 December 2013. He was introduced on the program as "the lawyer for East Timor". He said on air that the Director of the Australian Secret

ou les autres traités susmentionnés de bonne foi, comme elle était tenue de le faire. L'Australie considère que le tribunal arbitral n'est pas compétent pour connaître de cette question.

6. Il est possible, sinon probable, qu'une déclaration qu'aurait faite un ancien agent des services de renseignement australien soit à l'origine de la procédure devant le tribunal arbitral.

7. Cette déduction provient de différentes informations diffusées par les médias, dont un article paru en mai 2013 dans la presse du Timor-Leste, qui figure parmi les éléments que l'Australie a présentés le 22 janvier 2014, lors du second tour de plaidoiries. Il y est indiqué qu'un agent des services de renseignement australien, actuellement souffrant et hospitalisé en Australie, a affirmé que des agents de ces services avaient pénétré, il y a neuf ans, dans des bureaux du Gouvernement du Timor-Leste et les avaient mis sur écoute. D'après cet article, l'intéressé aurait révélé ces informations dans le souci de soulager sa conscience. Cette source, comme d'autres, donne à penser que, en procédant à des écoutes électroniques de discussions du Gouvernement timorais, l'Australie a pu tirer des avantages indus et contraires à l'éthique dans le cadre des négociations du dernier des traités susmentionnés. Il est par ailleurs signalé dans l'article que «l'avocat du ministre [timorais] Pires» est un avocat australien, M. Bernard Collaery.

8. Le 2 décembre 2013, peu avant que le tribunal arbitral ne tienne une audience préliminaire pour décider du déroulement de la procédure engagée par le Timor-Leste, l'*Attorney-General* de l'Australie et ministre chargé de l'Australian Security Intelligence Organisation (ASIO, le service de renseignement intérieur de l'Australie) a émis un mandat de perquisition autorisant l'examen et la saisie de certains éléments expressément désignés, dans les locaux professionnels et d'habitation de M. Collaery à Canberra. Il convient de préciser que, ainsi qu'il y était tenu aux termes du paragraphe 1 de l'article 25 de l'Australian Security Intelligence Organisation Act (loi du Commonwealth d'Australie sur l'ASIO, ci-après «la loi») de 1979, l'*Attorney-General* avait acquis la conviction qu'il existait des motifs raisonnables de penser que, en accédant à certains documents ou autres éléments dans les locaux visés par le mandat, l'ASIO apporterait une contribution substantielle à la collecte de renseignements, conformément à la loi, en ce qui concerne une question importante du point de vue de la sécurité.

9. Le mandat de perquisition a été exécuté le 3 décembre 2013. A cette occasion, des documents et autres éléments ont été saisis, dont certains ont été restitués et d'autres, conservés. Ce sont ces derniers qui font l'objet de la présente instance. M. Collaery n'était pas présent à son cabinet au moment de la perquisition.

10. La nouvelle de la perquisition et de la saisie s'est rapidement propagée. Ainsi, dès le 3 décembre 2013, M. Collaery a, semble-t-il, été interrogé par la chaîne de télévision publique australienne, l'Australian Broadcasting Corporation. Présenté comme «l'avocat du Timor-Leste», il a déclaré à l'antenne que le directeur de l'Australian Secret Intelligence

Intelligence Service (ASIS) ordered a team into Timor to conduct work which was well outside the proper function of ASIS. The interviewer referred to a witness who had been questioned "tonight". Mr. Collaery's response was that the "witness" was a "very senior, experienced, officer who formed a proper view . . .". Further derogatory references were made by Mr. Collaery to Australia and ASIO. He said that the oral evidence of a prime witness [in the arbitration] was being muzzled. Not surprisingly, these events were followed up by the media. A reporter employed by the Australian Broadcasting Corporation said on air on 4 December said that "the spy has now revealed all and is the star witness for an East Timorese legal action in The Hague to have the billion dollar Treaty recapped. His identity remains a tightly guarded secret." On another occasion, shortly afterwards Mr. Collaery (from Amsterdam) is reported to have "called for a full inquiry".

11. One other reference to media reports may be relevant. *The Sydney Morning Herald*, a Sydney broadsheet, purported to quote Mr. Pires, Timor-Leste's National Resources Minister as having ". . . identified the team of people who came in to do the bugging. We have their names. They are males, along with a possible lady spy." The report added that Mr. Pires acknowledged that the members of the team might be at risk if their names got out over the internet.

12. In interlocutory proceedings hearsay evidence is frequently provisionally received. The point needs to be made here that some of the *evidence* to which I have referred, consisting as it does of media reports, is not only untested, but is also double hearsay, in that it is stated by a person one or two persons removed from the person claiming to have direct knowledge of the facts.

13. It is also relevant to observe that Mr. Collaery's exact position or role has its ambiguities and could conceivably give rise to conflicts. It appears from a letter of 12 December 2013 put before this Court, that a Sydney Queen's Counsel has been briefed by Mr. Collaery to advise and confer with an anonymous witness, who it can reasonably be inferred is the former agent responsible for the claims of entry into Timor-Leste's Cabinet rooms. According to the letter from that counsel (which was sent to a senior official of the Attorney-General's department) Mr. Collaery would withdraw as the solicitor for the anonymous witness, and be replaced by another, unnamed solicitor. It is not entirely clear therefore which of the documents that were seized and retained in execution of the search warrant in Mr. Collaery's office came into existence as a result of instructions from Mr. Pires personally, Timor-Leste, or the anonymous witness. In short, it is not at this stage clear, so far as at least some of the seized material is concerned, who is the person entitled to claim legal professional privilege in respect of, and any sort of possible proprietary or other interest in it.

Service (ASIS, le service de renseignement extérieur de l'Australie) avait envoyé une équipe au Timor dans le cadre d'une mission qui dépassait largement les fonctions de ce service. Lorsque le présentateur a précisé qu'un témoin avait été interrogé le soir-même, M. Collaery a répondu qu'il s'agissait d'« un haut responsable ... fort expérimenté, qui s'était forgé sa propre opinion ». Il a également tenu des propos désobligeants envers l'Australie et l'ASIO, et affirmé que le principal témoin (dans la procédure d'arbitrage) était réduit au silence. Les médias ont aussitôt relayé ces éléments, ce qui n'est guère surprenant. Le 4 décembre, un journaliste de l'Australian Broadcasting Corporation a ainsi déclaré que « l'espion a[vait] désormais tout révélé et [était] le témoin vedette d'une action judiciaire introduite à La Haye par le Timor-Leste pour renégocier le traité, compte tenu des milliards de dollars en jeu, [et que] son identité rest[ait] un secret bien gardé ». Peu de temps après (depuis Amsterdam), M. Collaery aurait « demandé une enquête complète ».

11. Un autre article mérite d'être mentionné. Selon le quotidien de référence *The Sydney Morning Herald*, M. Pires, ministre des ressources nationales du Timor-Leste, aurait déclaré ce qui suit : « Nous pensons avoir identifié l'équipe qui s'est introduite dans nos locaux pour y installer les micros. Nous connaissons leurs noms. C'étaient des hommes, peut-être accompagnés d'une femme espionne. » Il était également indiqué dans cet article que M. Pires reconnaissait que les membres de l'équipe en question risquaient de courir un danger si leurs noms venaient à filtrer sur Internet.

12. Dans une procédure interlocutoire, il est fréquent que les preuves par ouï-dire soient admises à titre provisoire. En l'espèce, il convient cependant de souligner que certains des *éléments de preuve* que j'ai mentionnés, à savoir des informations relayées par les médias, non seulement n'ont pas été vérifiés, mais constituent des ouï-dire indirects, c'est-à-dire qu'une personne rapporte, par l'intermédiaire d'une ou deux autres, le témoignage de celle qui prétend avoir une connaissance directe des faits.

13. Il convient également de relever que le statut ou le rôle exact de M. Collaery est ambigu et, potentiellement, source de conflits. Il ressort en effet d'une lettre datée du 12 décembre 2013 qui a été présentée à la Cour que M. Collaery a donné pour instructions à un Queen's Counsel de Sydney de s'entretenir avec un témoin anonyme et de le conseiller, témoin dont il est permis de penser qu'il s'agit de l'ancien agent qui aurait fait les déclarations relatives aux écoutes dans les bureaux du Gouvernement du Timor-Leste. Or, d'après la lettre de ce conseil (adressée à un haut responsable des services de l'*Attorney-General*), M. Collaery cesserait de représenter le témoin anonyme et serait remplacé par un autre avocat, dont l'identité n'est pas connue. L'on ne sait donc pas avec certitude quels sont les documents, parmi ceux qui ont été saisis et conservés en application du mandat de perquisition visant le cabinet de M. Collaery, qui ont été établis sur la base d'instructions données personnellement par M. Pires (Timor-Leste) ou par le témoin anonyme. En bref, le point de savoir qui est fondé à invoquer le secret professionnel des avocats et conseils ou un éventuel droit de propriété ou autre droit n'est pas clair à ce stade, du moins en ce qui concerne certains des éléments saisis.

14. The Attorney-General (a democratically elected senator in the Australian Parliament and the First Law Officer of the Commonwealth of Australia), on 4 December 2013 made both a statement to the Senate Chamber and to the public of the kind to which I have referred in paragraph 4 hereof:

> "As Honourable Senators are aware, it has been the practice of successive Australian Governments not to comment on security matters. I intend to observe that convention. However, in view of the publicity which has surrounded the matter since yesterday, I consider that it would be appropriate for me to make a short statement about the matter which does not trespass beyond the convention, and which will also provide an opportunity to correct some misleading statements that have been made in the Chamber this morning, and by others.
>
> . . . . . .
>
> Warrants of the kind executed yesterday are issued under section 25 of the Australian Security Intelligence Organisation Act 1979 (the Act). They are only issued by the Attorney-General at the request of the Director-General of ASIO, and only if the Attorney-General is satisfied as to certain matters. It is important to make that point, since it was asserted by Senator . . ., in apparent ignorance of the Act, that I had 'set ASIO onto' these individuals. The Attorney-General never initiates a search warrant; the request must come from ASIO itself.
>
> . . . . . .
>
> A search warrant may only be issued by the Attorney-General if the conditions set out in section 25 (2) are fulfilled. That provision requires that the Attorney be satisfied that there are reasonable grounds . . . in respect of a matter that is important in relation to security . . . "

15. From no later than 10 December 2013, Timor-Leste had been represented by another firm of solicitors, DLA Piper ("Piper"). That firm entered into an exchange of correspondence with the Attorney-General, and senior officials of his Department. In it, Piper demanded copies of the search warrant(s) and the return of all of the documents which had been seized and returned. Because Australia declined to comply with Piper's demand, Timor-Leste instituted these proceedings on 17 December 2013. The nature of the proceedings, and the provisional relief now sought appear fully from the Order of the Court. In the exchange of correspondence to which I have referred, Australia has adopted the position that Timor-Leste should seek to vindicate such rights as it may have in the domestic courts of Australia.

THE LEGAL POSITION

16. I take the jurisprudence of this Court to be that it will indicate provisional measures only if these conditions are satisfied: that the case is

14. Le 4 décembre 2013, l'*Attorney-General* (un sénateur démocratiquement élu au Parlement australien qui est aussi le premier gardien du droit du Commonwealth d'Australie) a prononcé devant le Sénat une déclaration publique, dans laquelle il a fait sienne l'approche que j'ai mentionnée au paragraphe 4:

> «Mesdames et Messieurs les Sénateurs, comme vous le savez, les Gouvernements australiens successifs ont pour pratique de ne pas commenter les questions liées à la sécurité, et j'entends me conformer à cet usage. Compte tenu de la publicité qui entoure cette affaire depuis hier, il me semble toutefois opportun de faire une brève déclaration, qui ne dérogera pas à la règle, et permettra de corriger certaines affirmations fallacieuses que nous avons entendues ce matin.
>
> . . . . . .
>
> Les mandats du type de ceux qui ont été exécutés hier sont émis en vertu de l'article 25 de l'Australian Security Intelligence Organisation Act de 1979. Ils ne sont délivrés que par l'*Attorney-General*, à la demande du directeur général de l'ASIO et uniquement si l'*Attorney-General* s'est assuré de certains éléments. Ce point est essentiel, car, méconnaissant apparemment la loi, le Sénateur ... a affirmé que j'avais «lâché l'ASIO contre» ces personnes. Or, l'*Attorney-General* ne prend jamais l'initiative d'émettre un mandat de perquisition; la demande doit venir de l'ASIO elle-même.
>
> . . . . . .
>
> Un mandat de perquisition ne peut être délivré par l'*Attorney-General* que s'il a été satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 25. Cette disposition exige que l'*Attorney-General* ait acquis la conviction qu'il existe des motifs raisonnables ... concernant une question importante du point de vue de la sécurité...»

15. Dès le 10 décembre 2013, le Timor-Leste était représenté par un autre cabinet d'avocats, DLA Piper (ci-après «Piper»), qui a entamé des échanges de correspondance avec l'*Attorney-General* et de hauts responsables des services de ce dernier. Piper y exigeait des copies du ou des mandats de perquisition, ainsi que la restitution de tous les documents saisis et conservés. L'Australie ayant refusé de se plier à cette exigence, le Timor-Leste a introduit la présente instance le 17 décembre 2013. La nature de celle-ci ainsi que les mesures conservatoires qui ont été sollicitées sont clairement exposées dans l'ordonnance de la Cour. Dans la correspondance susmentionnée, l'Australie a exprimé sa position, à savoir que le Timor-Leste devrait chercher à faire valoir ces droits devant les tribunaux australiens.

LA SITUATION JURIDIQUE

16. Selon moi, il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci ne peut indiquer des mesures conservatoires que s'il est satisfait aux condi-

prima facie within its jurisdiction, is admissible; it is plausible; it is urgent; and, if the conduct complained of is not stopped, there is a risk that the moving party will be irreparably harmed. I do not take it to be settled international law that if those conditions are satisfied, the Court must indicate provisional measures. If it were otherwise, this Court, unlike almost any other court anywhere else in the world, would deny itself the exercise of a nuanced discretionary judgment that had regard to all of the relevant circumstances.

17. The distinction as a matter of substance between jurisdiction and admissibility is not always a clear one. As a general principle, parties cannot confer a jurisdiction upon a court that it does not lawfully have. Timor-Leste has itself quite properly pointed out that this Court must satisfy itself that it has prima facie jurisdiction. By prima facie, I take Timor-Leste to mean, I think, at least for the purposes of the current application for measures of a provisional kind only, arguable jurisdiction.

18. Both Timor-Leste and Australia have made declarations acknowledging that the jurisdiction of the Court is compulsory. In its Declaration (under Article 36 (2)), Australia has made a reservation to exclude

> "any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf, or arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone, pending its delimitation".

That reservation was the subject of submissions by Australia in the recent case of *Whaling in the Antarctic (Australia* v. *Japan: New Zealand intervening)*. It is unnecessary to say anything further about that reservation, or the effect of Australia's recent submissions about it in that case at this stage of these proceedings because Australia does not, in relation to the provisional measures sought by Timor-Leste, seek to rely upon the reservation. It is not apparent therefore whether Australia will seek to found upon that reservation at any later stage of these proceedings an argument that the subject material in so far as it relates to, for example, "the exploitation [of] any maritime zone pending the delimitation . . ." is beyond the jurisdiction of the Court, or makes the case inadmissible here.

19. Australia informed the Court (on 21 January 2014) that while it might well contest the jurisdiction and admissibility of Timor-Leste's Application, at the merits phase or earlier, it will not be raising jurisdictional or admissibility matters on Timor-Leste's request for provisional measures.

20. Another possible argument, in the alternative, against admissibility or jurisdiction has been adverted to in the pleadings. It is that by reason of the exception in Australia's Optional Clause Declaration with respect

tions suivantes: l'affaire doit relever *prima facie* de sa compétence et la requête doit être recevable; les droits invoqués doivent être plausibles; la situation doit revêtir un caractère d'urgence et, si le comportement en cause ne cesse pas, le demandeur risque de subir un préjudice irréparable. Il n'est cependant pas de règle internationale établie obligeant la Cour, si lesdites conditions sont remplies, à indiquer des mesures conservatoires. Si tel était le cas, la Cour, contrairement à la quasi-totalité des autres juridictions de par le monde, serait privée de la faculté d'exercer, en la matière, une appréciation discrétionnaire en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.

17. Sur le fond, la distinction entre compétence et recevabilité n'est pas toujours claire. Le principe général est que les parties ne sauraient conférer à une juridiction une compétence que celle-ci ne possède pas en droit. Le Timor-Leste a lui-même souligné à juste titre que la Cour devait s'assurer de sa compétence *prima facie*. Par cette expression, il entendait, me semble-t-il, une compétence qui puisse se justifier, au moins aux fins de connaître de sa demande en indication de mesures conservatoires.

18. Le Timor-Leste et l'Australie ont tous deux fait des déclarations reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour. Celle que l'Australie a faite (en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour) était assortie d'une réserve excluant

> «tout différend relatif à la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental, ou en rapport avec cette délimitation ou découlant de l'exploitation de toute zone objet d'un différend adjacente à une telle zone maritime en attente de délimitation».

Cette réserve a donné lieu à certaines conclusions que l'Australie a présentées dans la récente affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))*. A ce stade de la procédure, il était toutefois inutile de s'étendre sur ladite réserve ou sur l'effet de ces conclusions, étant donné que, s'agissant des mesures conservatoires sollicitées par le Timor-Leste, l'Australie ne l'avait pas invoquée. Reste à savoir si elle cherchera à le faire ultérieurement pour étayer un éventuel argument selon lequel l'objet de la requête, au motif qu'il est par exemple lié à «l'exploitation [d']une telle zone maritime en attente de délimitation», échappe à la compétence de la Cour ou rend cette requête irrecevable.

19. L'Australie a informé la Cour (le 21 janvier 2014) que, bien qu'il soit possible qu'elle conteste la compétence de celle-ci et la recevabilité de la requête introductive d'instance déposée par le Timor-Leste lors de la phase du fond — voire avant —, elle n'entendait pas soulever pareilles questions dans le cadre de l'examen de la demande en indication de mesures conservatoires.

20. Un autre éventuel argument d'incompétence ou d'irrecevabilité, à titre subsidiaire, a été évoqué à l'audience, à savoir que, compte tenu de la réserve énoncée dans la déclaration faite par l'Australie au titre de la

to "any dispute in regard to which the parties thereto have agreed or shall agree to have resolved by some other method of peaceful settlement", this Court is denied jurisdiction or should not admit Timor-Leste's claim in this Court. Such an argument would be based upon Article 23 of the 2002 Treaty between the Parties. It is an argument that I understand has been foreshadowed by Australia already as depriving the Arbitral Tribunal of jurisdiction to entertain Timor-Leste's claim there.

21. The threshold for an indication of provisional relief is not high. Australia offers undertakings[1] which, in my opinion, are adapted to and sufficient for, the circumstances of the case. That this is so relieves the Court of the need to give any lengthy consideration now to jurisdiction and admissibility. If and when that need arises, it may be helpful to revisit some earlier opinions of judges of the Court. The jurisprudence of the Court on these issues has not of course stood still since 1974, but I doubt whether what Sir Garfield Barwick said about admissibility then in his dissenting opinion in the *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)* case[2] has been rejected in whole or in part, or fully considered since:

> "I observed earlier that there is no universally applicable definition of the requirements of admissibility. The claim may be incompetent, that is to say inadmissible, because its subject-matter does not fall within the description of matters which the Court is competent to hear and decide[3]; or because the relief which the reference or application seeks is not within the Court's power to consider or to give; or because the applicant is not an appropriate State to make the reference or application, as it is said that the applicant lacks standing in the matter; or the applicant may lack any legal interest in the subject-matter of the application or it may have applied too soon or otherwise at the wrong time, or, lastly, all preconditions to the making or granting of such a reference or application may not have been performed, e.g., local remedies may not have been exhausted. Indeed it is possible that there may arise other circumstances in which the reference or application may be inadmissible or not receivable. Thus admissibility has various manifestations.
>
> Of course all these elements of the competence of the reference or application will not necessarily be relevant in every case. Which form of admissibility arises in any given case may depend a great deal on the source of the relevant jurisdiction of the Court on which reliance is placed and on the terms in which its jurisdiction is expressed. This, in my opinion, is the situation in this case."

[1] The undertakings are set out in the Order of the majority.
[2] *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 423.
[3] Competence and power to hear may also raise jurisdictional questions.

clause facultative qui exclut «tout différend pour lequel les parties ont convenu ou conviennent d'avoir recours à une autre méthode de règlement pacifique», la Cour ne peut se déclarer compétente ni juger recevable la requête du Timor-Leste. Cet argument serait fondé sur l'article 23 du traité de 2002 conclu entre les Parties. Il me semble que l'Australie a déjà laissé entendre qu'elle le ferait valoir pour contester la compétence du tribunal arbitral et l'empêcher de connaître de la demande que le Timor-Leste lui a présentée.

21. Les conditions régissant l'indication de mesures conservatoires ne sont pas strictes. Or, l'Australie a donné des engagements[1] qui, selon moi, étaient adaptés aux circonstances de l'espèce et suffisants à cet égard, ce qui dispensait la Cour de s'appesantir à ce stade sur les questions de la compétence et de la recevabilité. Si cela devait se révéler nécessaire par la suite, il pourrait toutefois être utile de se référer à certaines opinions antérieures exposées par des juges de la Cour. Certes, la jurisprudence de cette dernière sur ces questions n'est pas restée figée depuis 1974, mais je doute que les vues que sir Garfield Barwick avait exprimées sur la recevabilité dans son opinion dissidente en l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*[2] aient, depuis lors, été rejetées en tout ou en partie, ou pleinement prises en compte:

> «J'ai dit plus haut qu'il n'y a pas de définition universellement applicable des conditions de la recevabilité. La demande peut n'être pas recevable parce que son objet n'est pas de ceux sur lesquels la Cour puisse statuer[3]; ou parce que la Cour n'a pas le pouvoir d'envisager ni d'accorder la mesure sollicitée; ou encore parce que l'Etat requérant n'est pas habilité à introduire l'instance, n'ayant pas qualité pour agir en l'espèce; ou parce que le demandeur peut n'avoir aucun intérêt juridique par rapport à l'objet de la requête, ou bien il peut avoir agi trop tôt ou au mauvais moment; enfin toutes les conditions qui doivent précéder la présentation de l'acte introductif d'instance ou la saisine n'ont peut-être pas été respectées, par exemple si tous les recours internes n'ont pas été épuisés. Bien entendu, il peut y avoir encore d'autres cas dans lesquels l'acte introductif d'instance est irrecevable. L'irrecevabilité se manifeste ainsi sous diverses formes.
>
> Certes, tous ces éléments relatifs à la recevabilité ou à la validité de l'acte introductif d'instance ne valent pas nécessairement dans tous les cas. Quel est le problème particulier de recevabilité qui se pose dans une espèce donnée? Cela dépend dans une large mesure de la source invoquée pour fonder la compétence de la Cour et des termes dans lesquels cette compétence est exprimée. Telle est à mon avis la situation en l'espèce.»

[1] Ces engagements sont reproduits dans l'ordonnance.
[2] *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 423.
[3] La compétence et le pouvoir de statuer peuvent aussi soulever des questions juridictionnelles.

There are other aspects of the passage that I have quoted from Sir Garfield Barwick's opinion which may have relevance if what he said there is not inconsistent with the ratio of the Court's Order, or foreclosed by subsequent decisions of the Court. The first relates to the relevance of non-exhaustion of domestic local remedies. In its responses to Piper's complaints before the institution of these proceedings, Australia urged Timor-Leste to seek relief from the Australian courts. The Applicant declined to do so. Could it have done so? Should it have done so? Could a refusal to do so argue against urgency? Is non-recourse to domestic courts relevant to the exercise of a discretionary judgment of this Court? *Rahimtoola* v. *Nizam of Hyderabad*[4], upon which Timor-Leste relies, may not assist it. The passage quoted from A. V. Dicey in Viscount Simonds's speech[5] is concerned with cases against a sovereign State. It does not suggest that a State cannot or should not resort to courts of another State as a claimant or plaintiff. It is also an example of a coincidence of domestic law and international law of a kind which may — a matter not to be decided now — be the situation in Australia with respect to legal professional privilege and proprietary and sovereign rights.

22. Another aspect of the passage quoted that may be of relevance is the residence or otherwise in this Court of a general discretion to grant or refuse relief, particularly of the kind that was being dealt with there, and is being sought here, that is relief of an injunctive kind. It would be unusual if this Court did not have a broad discretion in such circumstances, but no opinion needs to be formed about that, or indeed, any of the questions posed which may or may not arise in the future.

23. As Judge Greenwood emphasized at paragraph two of his declaration in the case of *Costa Rica* v. *Nicaragua*[6], the Court's decision on a request for provisional measures is not an interim ruling on the merits. Nor does such a request require a concluded opinion on legal issues.

24. I will touch however upon the matter of irreparable damage, merely to say that the concept is analogous with common law principle which holds that interlocutory or provisional relief will not be ordered if, for example, damages or perhaps some other remedy would be an adequate remedy, adding that in a real sense a satisfactory undertaking takes the place of other adequate remedy.

---

[4] [1958] AC 379.

[5] *Ibid.*, at 394.

[6] *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica* v. *Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 46.

Certains aspects de cet extrait de l'opinion de sir Garfield peuvent présenter un intérêt s'ils ne sont pas incompatibles avec le raisonnement que la Cour a suivi dans son ordonnance ou ne se trouvent pas invalidés par des décisions ultérieurement prises par elle. Le premier est l'importance du non-épuisement des recours internes. En réponse aux griefs formulés par Piper avant l'introduction de la présente instance, l'Australie a engagé le Timor-Leste à s'adresser aux juridictions australiennes. Le demandeur a refusé. Pouvait-il le faire? Le devait-il? Ce refus plaide-t-il contre l'urgence? Le non-recours aux juridictions nationales doit-il entrer en ligne de compte dans l'exercice, par la Cour, de son pouvoir discrétionnaire? A cet égard, je crains que l'affaire *Rahimtoola c. Nizam of Hyderabad*[4], sur laquelle le Timor-Leste s'est appuyé, ne lui soit d'aucun secours. Le passage de la déclaration du vicomte Simonds[5], tiré de A. V. Dicey, concerne en effet des actions engagées à l'encontre d'un Etat souverain. Il ne donne nullement à penser qu'un Etat ne peut ou ne devrait pas recourir aux juridictions d'un autre Etat en tant que demandeur ou plaignant. Cet extrait semble en outre indiquer que, en ce qui concerne la protection du secret professionnel des avocats et conseils ainsi que les droits de propriété et les droits souverains, le droit interne de l'Australie concorde avec le droit international, question qu'il n'était toutefois pas nécessaire de trancher à ce stade.

22. Un autre aspect du passage susmentionné pouvant se révéler pertinent est le point de savoir si la Cour possède ou non le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser des mesures de redressement, notamment sous la forme de celles qui étaient en cause dans l'affaire précitée ou sollicitées en la présente espèce, c'est-à-dire des mesures de nature injonctive. Il serait surprenant que la Cour ne dispose pas d'un large pouvoir discrétionnaire en la matière, mais il n'est pas nécessaire de prendre position sur ce point ni, d'ailleurs, sur toute autre question susceptible de se faire jour ultérieurement à cet égard.

23. Ainsi que M. le juge Greenwood l'a souligné au paragraphe 2 de sa déclaration dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*[6], la décision de la Cour sur une demande en indication de mesures conservatoires ne constitue pas une décision provisoire au fond. Pareille demande ne requiert pas non plus d'avoir un avis arrêté sur les questions juridiques.

24. Je n'aborderai la question du préjudice irréparable que pour préciser que cette notion est analogue au principe de la *common law* selon lequel des mesures interlocutoires ou conservatoires ne sauraient être ordonnées si, par exemple, le paiement de dommages-intérêts ou d'autres formes de réparation constituent un remède adéquat. J'ajouterai que, d'une certaine façon, un engagement satisfaisant peut tenir lieu de remède adéquat.

---

[4] [1958] A.C. p. 379.

[5] *Ibid.*, p. 394.

[6] *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 46.

25. The existence of a sovereign inviolability of documents in the possession of a lawyer in another country is a large claim, and, I think, possibly novel. Whether it will be necessary for the Applicant to show that there is an absolute inviolability or immunity can only be determined after full argument.

26. As important and extensive a privilege it is, there may also be reason for concern about the absoluteness (in domestic and international law) of legal professional privilege when a nation's security may be in jeopardy. Any court, including this Court, would be conscious of the unlikelihood that any nation or its leaders would regard themselves as bound to treat national security as inferior, or subject to, legal professional privilege. The extent to which there is a settled principle of legal professional privilege, unique to the law of nations, and immune to any limitation in an international or national interest, will require detailed and careful argument. The same may be said of an absolute sovereign right in respect of documents in the possession of a sovereign nation's lawyers in another country.

27. On the final hearing, the nature and breadth of the so-called fraud or crime exception to legal professional (and a sovereign right or privilege) will also need to be the subject of full argument. That exception has been recognized in domestic law since the nineteenth century, if not earlier[7]. A question that may require a decision is whether an intrusion upon a privilege that, either purposely or incidentally, would both uncover evidence of a crime or fraud, and help to prevent the commission or furtherance of a crime or fraud, would fall within the exception. Here, for example, it is possible that the documents seized would answer both of those descriptions. If legal professional privilege were to be subject to an exception (which it is not) solely to enable the gathering of evidence to prove that a crime of fraud has been committed, the privilege would be subverted.

28. Another claim, of an unrestricted proprietary right (not dependant on sovereignty) was made to the seized documents. In deciding upon the existence or otherwise, or the extent, of any of these asserted rights, there may be the further factor to be considered, that is of the commercial and legal role and obligations of the lawyer in physical possession of the documents. That lawyer will be subject to relevant domestic commercial and legal regulatory regimes of the host nation, over which any proprietary sovereign or legal professional privilege rights may or may not prevail. So too, if a simple proprietary (as opposed to a special sovereign proprietary) right is claimed, regard may need to be had to section 51 (xxxi) of

[7] *R.* v. *Cox and Railton* (1884), 14 QBD 153; see also discussion of earlier cases in J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 8, rev. 1961, para. 2298, at pp. 572-577.

25. L'existence d'un droit souverain à l'inviolabilité de documents se trouvant en la possession d'un avocat dans un autre pays constitue une prétention de portée étendue qui, selon moi, pourrait se révéler inédite. La question de savoir si le demandeur devra démontrer qu'il existe un droit absolu à l'inviolabilité ou à l'immunité ne pourra cependant être tranchée qu'après que les Parties auront entièrement exposé leur argumentation.

26. Si importante et étendue que soit cette protection, il pourrait également y avoir lieu de s'inquiéter du caractère absolu (en droit interne comme en droit international) du secret professionnel des avocats et conseils lorsque la sécurité d'une nation risque d'être compromise. Toute juridiction, y compris la Cour, sait qu'il n'est guère vraisemblable qu'une nation ou ses dirigeants s'estiment tenus de faire passer la sécurité nationale après le secret professionnel des avocats et conseils, ou de la considérer comme y étant subordonnée. Dès lors, le point de savoir dans quelle mesure le secret professionnel des avocats et conseils est un principe établi, propre au droit des gens et exempt de toute limite pour cause d'intérêt national ou international, devra faire l'objet d'un examen détaillé et approfondi, de même que la question de l'existence d'un droit souverain absolu à l'égard de documents qui sont en la possession de l'avocat d'une nation souveraine dans un autre pays.

27. Au moment de l'examen au fond, la nature et la portée de ce qui a été qualifié d'exception (au sens d'un droit souverain) au secret professionnel des avocats et conseils en cas de fraude ou d'infraction pénale devront également être pleinement exposées. Cette exception a été reconnue en droit interne dès le XIX[e] siècle, si ce n'est avant[7]. Une question qui devra peut-être être tranchée consiste à savoir si une entorse au secret professionnel qui mettrait au jour — que ce soit à dessein ou de manière fortuite — des éléments de preuve d'une fraude ou d'une infraction pénale et contribuerait à en prévenir la commission ou la facilitation entrerait dans le champ de cette exception. En l'espèce, par exemple, il est possible que les documents saisis revêtent ces deux caractéristiques. S'il ne devait y avoir d'exception au secret professionnel des avocats et conseils que pour permettre de recueillir des éléments prouvant qu'une infraction pénale ou une fraude a été commise (ce qui n'est pas le cas), cette prérogative serait dénaturée.

28. Une autre prétention a été formulée à l'égard des documents saisis, à savoir celle d'un droit de propriété inconditionnel (indépendamment de la souveraineté). Aux fins de déterminer si pareil droit existe et, le cas échéant, quelle en est la portée, il peut être nécessaire de prendre en considération un facteur supplémentaire, celui du rôle juridique et commercial et des obligations de l'avocat qui se trouve en la possession des documents en question. Cet avocat sera en effet soumis à la réglementation juridique et commerciale applicable de la nation hôte, sur laquelle tout droit de propriété souverain ou ayant trait au secret professionnel des avocats et conseils peut ou non prévaloir. Ainsi, si un droit de propriété simple (par opposition à un

[7] *R. c. Cox and Railton* (1884), QBD, vol. 14, p. 133; voir également l'examen d'affaires antérieures dans J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, rev. 1961, par. 2298, p. 572-577.

the Australian Constitution which confers upon the Commonwealth the power to acquire property (that is, of any kind, including copyright) on just terms for a Commonwealth, that is to say, a sovereign purpose, one of which is of course defence (s 51 (vi)).

The Role of the Attorney-General

29. Timor-Leste made a submission that, in signing and therefore re-issuing the warrants, the Attorney-General was, under international law, carrying out a judicial or quasi-judicial function. It is unnecessary to decide, but there is reason to doubt (without deciding) whether, even under any extended meaning of "quasi-judicial", that is so. Under section 75 (v) of the Australian Constitution, any and all officers of the Commonwealth of Australia are amenable to the prerogative writs of *certiorari*, prohibition and *mandamus*, as well as injunction and declarations. The High Court of Australia has consistently and repeatedly held this to be so since 1903. The Attorney-General is a member of the Executive, and neither a judge nor a quasi-judge[8]. He is no more exercising a judicial power or quasi-judicial power in satisfying himself that a search warrant should be issued than is a police officer or a medical officer in requiring or taking a blood or other sample from the person of a criminal suspect, an intrusive requirement routinely enforced in countries all over the world.

Undertakings

30. Undertakings are repeatedly given and accepted in lieu of the making of orders by courts in common law countries. A failure to honour an undertaking is likely to expose anyone who has given it to penalty for contempt of court. Solemnly given as they were here to this Court, they are binding upon Australia. In any event, it is unthinkable that the First Law Officer of the Commonwealth, in his capacity both as a senior counsel obliged as an officer of the Courts of Australia to act honestly in all professional affairs and a Minister answerable to the Parliament, would not honour all undertakings given to this Court.

[8] As to the political and administrative or executive features and role of a Minister in Australia, see: *Minister for Immigration and Multicultural Affairs* v. *Jia* (2001), 205 CLR at 244-245. Chapter 3 of the Australian Constitution and the whole structure of the Constitution contemplate both a functional and legal separation in Australia of the Parliament, the Executive and the Judiciary. See also *R.* v. *Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956), 94 CLR 254.

droit de propriété souverain spécifique) est allégué, il peut être nécessaire de tenir compte de l'alinéa xxxi) de l'article 51 de la Constitution australienne, qui confère au Commonwealth le pouvoir d'acquérir des biens (de toute nature, y compris des droits d'auteur) appartenant à un autre Etat dans des conditions justes pour ce dernier et à des fins souveraines, parmi lesquelles figure bien entendu la défense (alinéa vi) de l'article 51).

LE RÔLE DE L'*ATTORNEY-GENERAL*

29. Le Timor-Leste a affirmé que, en signant et, par là même, délivrant les mandats, l'*Attorney-General* avait exercé, au regard du droit international, une fonction judiciaire ou quasi judiciaire. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, il est néanmoins permis de douter (sans se prononcer définitivement) qu'il en soit ainsi, même en prenant l'expression «quasi judiciaire» dans son sens large. Conformément à l'alinéa v) de l'article 75 de la Constitution de l'Australie, tout fonctionnaire du Commonwealth d'Australie peut faire l'objet d'ordonnances de *certiorari*, de citations à comparaître, d'interdictions ou d'injonctions, ce que la High Court of Australia a toujours confirmé depuis 1903. L'*Attorney-General* est un membre de l'exécutif, et non un juge ou assimilé[8]. Il n'exerce pas davantage un pouvoir judiciaire lorsqu'il vérifie s'il y a lieu de délivrer un mandat de perquisition que ne le fait l'agent de police qui ordonne un prélèvement sanguin sur la personne d'un suspect ou le professionnel de la santé qui effectue ce prélèvement, mesure attentatoire à la vie privée couramment appliquée dans le monde.

LES ENGAGEMENTS

30. Dans les pays de *common law*, il est très fréquent qu'un engagement soit donné et accepté en lieu et place d'une ordonnance rendue par un tribunal, tout manquement à pareil engagement pouvant entraîner des sanctions pour outrage audit tribunal. En l'espèce, l'Australie était liée par les engagements qu'elle avait solennellement pris devant la Cour. Quoi qu'il en soit, il est inconcevable que le premier gardien du droit du Commonwealth d'Australie, en sa qualité à la fois d'avocat général, c'est-à-dire d'officier ministériel tenu à la plus grande honnêteté dans l'exercice de ses fonctions, et de ministre comptable de ses actes devant le Parlement, n'honore pas tous les engagements pris devant la Cour.

[8] En ce qui concerne les caractéristiques politiques et administratives ou exécutives de la fonction de ministre en Australie, voir: *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jia* (2001), CLR, vol. 205, p. 244-245. Le chapitre 3 et la structure générale de la Constitution australienne prévoient une séparation juridique et fonctionnelle du Parlement, de l'exécutif et du pouvoir judiciaire. Voir aussi *R. c. Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956), CLR, vol. 94 *p.* 254.

31. The undertakings offered here, initially given to Piper on behalf of Timor-Leste and extended, enhanced and clarified in the oral and written submissions of Australia are, in my opinion, sufficient to meet the circumstances (including of urgency) of this case, and will ensure that no irreparable harm is done to Timor-Leste between now and the final hearing. The effect of them is, among other things, to impose upon Australia, and the Attorney-General in particular, an obligation not to have himself, or to provide or enable access to others within the Australian administration to the seized documents without first giving notice to the Court and to Timor-Leste to enable the latter to have its concerns again ventilated in the Court if it wishes. It would not be reasonable to indicate a further measure or to expect Australia to undertake not to "eavesdrop" on or intercept the communications of Timor-Leste as that would or might suggest that Australia has done so, or will do so in the future, matters that would require cogent and persuasive evidence not produced here[9]. It may also be questioned whether there is a sufficient linkage between the claim in or justiciable in this Court and a provisional measure of that kind.

32. Quite apart from the other concerns to which I have referred in this opinion, I think that there may be a problem about the use of the word "interfere" in the third *dispositif* paragraph, by reason of its breadth and unspecific nature.

33. National security is a reasonable and natural aspiration and expectation of any body of peoples. Here, the nature of the risk with which the Attorney-General is concerned is not known to the Court, and may, in any event change in seriousness or imminence. All or most nations have, as Australia's pleadings show, intelligence organizations. They have them because they need them. Terrorists now operate within communities which shelter and have succoured them. International law must take cognizance of the painful realities of the vulnerabilities of the people in free nations. Any law or principle of it which does not do that may fail to command obedience as well as respect. It is difficult for those not the possessor of all the relevant information to know which piece of new, or further, or seemingly slight piece of information, will indicate an escalation of risk. Algorithms designed to process such pieces of information to identify risk and its heightening are now universally and ceaselessly employed. And a risk which can arise suddenly and dangerously is to the safety of a particular officer of officers of an intelligence organization, as well as to the security of the nation itself. In my respectful opinion, the

[9] Evidence is to be evaluated according to the capacity and the circumstances of the party adducing it. It is a canon of good sense long recognized in, for example, the common law, that the cogency and strength of the evidence to establish allegations of fact vary according to the gravity and turpitude of the conduct embraced by them. See *Blatch* v. *Archer* (1774), 98 ER 969; *Refjek* v. *McElroy* (1965), 112 CLR 517.

31. Ces engagements, qui avaient initialement été présentés à Piper pour le compte du Timor-Leste, tels qu'accrus, complétés et précisés dans les exposés oraux et écrits de l'Australie, étaient, à mon sens, suffisants dans les circonstances de l'espèce (y compris au regard du caractère d'urgence) aux fins de garantir qu'aucun préjudice irréparable ne soit causé au Timor-Leste d'ici à l'examen de l'affaire au fond. Ces engagements avaient notamment pour effet d'imposer à l'Australie, et à l'*Attorney-General* en particulier, de ne pas accéder, ni de permettre à des tiers au sein de l'administration australienne d'accéder aux documents saisis sans en notifier préalablement la Cour et le Timor-Leste, donnant ainsi l'occasion à ce dernier, le cas échéant, de faire de nouveau part à la Cour de ses préoccupations. Le fait d'indiquer toute autre mesure ou de demander à l'Australie de s'engager à ne pas «écouter» le Timor-Leste ou intercepter ses communications ne me semble pas raisonnable, car cela laisse entendre ou pourrait laisser entendre que l'Australie a procédé ou procédera à l'avenir à de telles écoutes, point qui nécessiterait que soient présentés des éléments de preuve convaincants, ce qui n'a pas été le cas à ce stade[9]. Il est également permis de se demander s'il existe des liens suffisants entre la réclamation dont la Cour est saisie — ou pourrait être saisie — et pareille mesure.

32. Outre les autres points soulevés dans la présente opinion, je crains que l'emploi du verbe «s'ingérer» au point 3 du dispositif puisse poser problème, en raison du sens fort large et peu précis de ce terme.

33. La sécurité nationale constitue, pour tout peuple, une aspiration raisonnable et naturelle. En la présente espèce, la nature du risque identifié par l'*Attorney-General* n'est pas connue de la Cour et peut, en tout état de cause, évoluer, tant du point de vue de sa gravité que de son imminence. Ainsi que cela ressort des écritures et plaidoiries de l'Australie, toutes les nations ou presque se sont dotées de services de renseignement, et ce, par nécessité. Désormais, les terroristes agissent au sein des communautés qui les accueillent et leur sont venues en aide. Le droit international doit prendre en compte les dures réalités auxquelles font face les populations des nations libres, ainsi que leur vulnérabilité. Tout principe qui en ferait abstraction risque de ne pas remporter l'adhésion et de n'être pas observé. Pour ceux qui ne disposent pas de l'ensemble des éléments pertinents, il est bien difficile de savoir quelle nouvelle information, même apparemment insignifiante, peut indiquer un risque accru. Des algorithmes conçus pour traiter pareilles informations en vue d'identifier les risques et leur évolution sont désormais utilisés en permanence de par le monde. Or, il est un risque susceptible de se faire jour à tout

[9] Les éléments de preuve doivent être appréciés en fonction de la capacité de la partie qui les produit et des circonstances dans lesquelles elle le fait. Il tombe sous le sens — et cela est admis de longue date, notamment dans la *common law* — que la force de la preuve requise pour établir des faits allégués est fonction de la gravité et de la turpitude du comportement auquel ils se rattachent. Voir *Blatch c. Archer* (1774), ER, vol. 98, p. 969; *Re/jek c. McElroy* (1965), CLR, vol. 112, p. 517.

undertakings to which I have referred are reasonable and sufficient, and should be accepted by the Court without the need for indications of any provisional measures.

(Signed) Ian CALLINAN.

moment, à savoir celui qui pèse sur la sécurité d'un ou de plusieurs agents appartenant à un service de renseignement et, partant, sur la sécurité de la nation elle-même. Selon moi, les engagements susmentionnés étaient raisonnables et suffisants, et auraient dû être acceptés par la Cour sans qu'il soit nécessaire d'indiquer des mesures conservatoires.

(Signé) Ian CALLINAN.

PRINTED IN FRANCE

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071177-7